

LE

DROIT CIVIL CANADIEN

VI

LE

DROIT CIVIL CANADIEN

BASÉ SUR LES

"REPETITIONS ECRITES SUR LE CODE CIVIL"

DE

FREDERIC MOURLON

AVEC

REVUE DE LA JURISPRUDENCE DE NOS TRIBUNAUX

PAR

P.-B. MIGNAULT,

CONSEIL DU ROI,

Auteur du "Manuel du Droit Parlementaire", du "Code de Procédure Civil Annoté" et du "Droit Paroissial".



TOME SIXIÈME

CONTENANT DANS LE TITRE DES OBLIGATIONS, LE CHAPITRE DE LA PREUVE, ET LE TITRE DES CONVENTIONS MATRIMONIALES ET DE L'EFFET DU MARIAGE SUR LES BIENS DES EPOUX.

Edg. Rochette

MONTRÉAL:

C. THÉORET, ÉDITEUR

LIBRAIRIE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

11 et 13, rue St-Jacques

—

1902

Edg. Rochette

PRÉFACE

Dans ce sixième volume de mon *Droit civil canadien*, j'ai complété le titre *Des obligations*, en commentant le chapitre *De la preuve*, qui n'avait pu trouver place dans le volume cinq. J'ai également expliqué le titre *Des conventions matrimoniales et de l'effet du mariage sur les biens des époux*, l'un des plus considérables et des plus importants du code civil. J'ai donc parcouru les deux tiers de la route qui s'ouvrait devant moi quand j'ai entrepris la tâche, dont je ne sens que trop le poids et la responsabilité, de commenter nos lois civiles.

J'ai cru inutile de reproduire le commentaire de Mourlon sur les règles de la preuve, et je n'ai rien eu à citer quand il s'est agi du chapitre *Des douaires*, ce chapitre n'existant pas dans le code Napoléon. Dans les deux autres chapitres du titre *Des conventions matrimoniales*, l'ouvrage de Mourlon a servi de base au mien, mais le lecteur y trouvera de nombreux passages que j'ai cru devoir ajouter au modèle. Ce n'est d'ailleurs que dans ces deux chapitres que l'on rencontrera les signes typographiques qui indiquent les modifications apportées au texte original.

Dans la préparation de ce volume, j'ai encore eu l'avantage de la collaboration intelligente de MM. Dorais, qui se sont chargés de la revue de la jurisprudence. La classification qu'ils ont faite des nombreux arrêts de nos tribunaux, surtout en matière de preuve, sera, je crois, d'une grande utilité au barreau.

On trouvera à la fin de ce volume une note sur la stipulation pour autrui. J'avais laissé dans mon cinquième volume une solution, avec des notes qui indiquaient que cette solution était contestée par les meilleurs auteurs. J'ai cru devoir étudier la question à fond, à cause, non seulement de son intérêt au point de vue de la théorie, mais encore de sa grande importance pratique, et dans cette note je cite les conclusions qui me paraissent les plus recommandables.

P.-B. Mignault.

Montréal, 28 novembre 1902.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE VOLUME SIXIÈME.

TABLE DES ARRETS

CITÉS

EN CE VOLUME.

A

C

D

E

F

G

H

I

J

K

M

N

O

P

T

LE DROIT CIVIL CANADIEN

TITRE TROISIEME

DES OBLIGATIONS.

CHAPITRE IX. — DE LA PREUVE.

Dans le code Napoléon, ce chapitre porte la rubrique "*De la preuve des obligations et de celle du paiement.*" On s'accorde, cependant, à dire que cette rubrique est trop restreinte, car elle ne comprendrait pas la preuve de l'extinction des droits réels, ni celle de l'extinction des obligations par d'autres modes que le paiement, comme, par exemple, la novation, la compensation, la remise de la dette. Nos codificateurs ont donc bien fait d'adopter la rubrique générale "*De la preuve.*" Il va sans dire, toutefois, qu'il ne s'agit ici que de la preuve des droits ou obligations et de l'extinction des droits et obligations qui sont régis par le code. D'autres matières, comme le droit criminel et certains sujets qui tombent sous la compétence du parlement du Dominion, sont régies, quant à la preuve, par l'*Acte de la preuve du Canada.* Je dois ajouter que je ne poserai que les principes généraux de la preuve en matière civile et commerciale, sans entrer dans des questions de procédure, me bornant à commenter les articles de ce chapitre.

SECTION I. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

I. Définition de la preuve.—Toute demande que l'on adresse à la justice contient nécessairement une proposition ou une série de propositions et une conclusion. La conclusion, c'est la conséquence qui découle des propositions qui précèdent, mais si ces propositions ne sont pas admises par la partie adverse, il faut les prouver. Nous trouvons ici la définition de la preuve qui, au sens large, est tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité (*a*), mais qui, dans le langage du droit, désigne *la démonstration, à l'aide des moyens autorisés par la loi, de l'exactitude d'un*

(*a*) C'est la définition de Domat.

fait qui sert de fondement à un droit prétendu (*a*). Il n'y a que les *faits* qui doivent être prouvés; il s'ensuit donc qu'il ne peut être question de preuve judiciaire quand il s'agit d'une proposition de *droit*. Les lois publiques — et toute loi est publique quand elle n'est pas déclarée privée — n'ont pas besoin d'être prouvées; chacun est tenu d'en prendre connaissance (art. 10). Si leur sens est obscur, on a recours à l'interprétation, et pour cela on peut suivre les règles générales que le code a posées pour l'interprétation des contrats (art. 1013 à 1021). Mais il suffit d'invoquer la loi et c'est au tribunal à dire si elle doit s'appliquer dans l'espèce; on ne la prouve pas (*b*).

J'ai dit que la preuve consiste en la démonstration d'un fait, *à l'aide des moyens autorisés par la loi.* On voit donc que le sens juridique de ce mot est beaucoup plus étroit que celui qu'on lui donne dans le langage usuel, car il n'est pas indifférent au plaideur d'invoquer tout moyen qui puisse persuader l'esprit de la vérité du fait qu'il allègue. Pour prévenir certains dangers, et surtout pour ne rien laisser à l'arbitraire du juge, le législateur a pris soin de préciser les moyens qui peuvent servir de preuve judiciaire, et ces moyens, nous le verrons, varient suivant la nature de la demande, et même suivant le montant de la réclamation. En dehors de ces moyens, et quelque convaincant que soit le procédé qu'on emploie, il n'y a pas de preuve possible. Le juge ne peut s'éclairer autrement, et eût-il vu de ses yeux le fait qu'on allègue, il doit déclarer ce fait non prouvé, et partant inexistant, si on ne l'établit pas d'une manière légale (*c*).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, nº 1175.

(*b*) Il s'agit, bien entendu, des lois du pays; les lois étrangères doivent être prouvées et même interprétées par des témoins experts, et il en est de même des lois qui régissent certaines catégories d'individus, comme le droit Canon à l'égard des catholiques. Cependant, il ne faut pas trop généraliser ce principe; quand il s'agit des statuts (et par ce mot je n'entends pas les lois votées par la législature ou par le parlement) d'une corporation, il faut sans doute en prouver l'existence, mais le tribunal les interprétera comme il interprète les contrats entre individus. Dans les cas exceptionnels où l'usage fait loi, les faits constitutifs de cet usage doivent être prouvés. Voyez, à titre d'exemple, la cause de *Auger & Labonté*, R. J. Q., 2 B. R., p. 38.

(*c*) L'ordonnance de 1667, titre 21, permettait la *descente sur les lieux* par le juge, sur réquisition par écrit de l'une ou l'autre des parties. On peut cependant croire que cette procédure ne pourrait être autorisée aujourd'hui. Quand il s'agit de la visite des lieux, le code de procédure civile (art. 392) ne pourvoit qu'à la nominations d'experts et gens à ce connaissants. Ceci me paraît exclure l'ancienne descente sur les lieux. Telle est également l'opinion du juge Langelier, dans son traité *De la preuve*, nos 2 et suiv., et je renvoie le lecteur aux raisons qu'il invoque.

Enfin, il faut que le fait lui-même qu'on demande à prouver *puisse servir de fondement au droit prétendu.* Si de ce fait, même démontré, la conclusion qu'on formule ne découle pas par voie de conséquence, la preuve doit en être écartée, même quand on offrirait de l'établir à l'aide des moyens autorisés par la loi. *Frustra probatur quod probatum non relevat,* dit un vieil adage qui est d'une application journalière devant les tribunaux.

Il faut donc que tout fait que l'on allègue soit prouvé; que cette preuve se fasse à l'aide des moyens autorisés par la loi; et que le fait lui-même soit pertinent à la demande.

II. Charge de la preuve. — Cette question doit nous occuper au seuil de la matière, car, dans les combats judiciaires, il faut d'abord déterminer celui à qui la preuve incombe. On se défend, en effet, avec moins de risque que l'on n'attaque, et l'obligation d'attaquer, c'est-à-dire de faire la preuve de ce qu'on avance, est bien, comme la loi l'a désignée, un véritable fardeau: *onus probandi.* C'est aussi la première disposition qu'on rencontre en ce chapitre, à l'article 1203, qui se lit comme suit: —

1203. " Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

" Réciproquement, celui qui en oppose la nullité ou l'extinc-" tion doit justifier les faits sur lesquels est fondée sa contesta-" tion; sauf les règles spéciales établies au présent cha-" pitre " (*a*).

Notre article n'est que le développement de la maxime du droit romain: *actori incumbit probatio* (*b*). Le principe, dont il n'indique que la conséquence, c'est que celui qui affirme un fait contraire à l'état normal et habituel des choses, ou à une situation acquise, doit le prouver (*c*). On présume toujours l'existence normale et habituelle des choses, et celui que cette présomption favorise est dispensé, tant qu'elle existe, de toute preuve. Ainsi, l'indépendance des hommes les uns à l'égard des

---

(*a*) Cet article est au même effet que l'article 1315 du code Napoléon, sauf que sa disposition est généralisée dans notre code, alors que celle de l'art. 1315 est trop restreinte, comme du reste la rubrique de ce chapitre dans le code français.

(*b*) Ce mot *actor* est très expressif, mais il ne se restreint pas au demandeur dans une cause. Le défendeur, en effet, peut alléguer des faits affirmatifs en réponse à la demande, et ces faits il doit les prouver. C'est dans ce sens que le droit romain disait: *reus excipiendo fit actor.*

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 1176.

autres est l'état normal et habituel ; donc celui qui prétend qu'un autre est lié à son égard, en d'autres termes, qu'il a contracté envers lui une obligation, *vinculum juris*, doit prouver ce fait qui est regardé comme exceptionnel. De même, en matière de propriété, la présomption, c'est que le droit appartient à celui qui l'exerce, c'est-à-dire au possesseur (art. 2194). Partant, c'est à celui qui revendique une chose possédée par un autre, à prouver son droit de propriété. Autre exemple : la liberté des immeubles étant la règle générale, celui qui prétend que le fonds voisin est grevé d'une servitude en faveur de son terrain, c'est le cas de l'action confessoire, doit produire le titre constitutif de cette servitude. Pour la même raison, celui qui intente une action négatoire, soit celui qui dénie que son héritage doive une servitude au fonds contigu, invoque le droit commun, et peut se contenter de prouver son droit de propriété.

Mais lorsqu'un fait, même contraire à l'état normal et habituel des choses, est établi, il constitue une situation acquise, et c'est à celui qui l'attaque à prouver sa prétention. Ainsi, si je prouve l'existence d'une obligation, le défendeur ne peut échapper à la condamnation qu'en faisant voir, par une preuve affirmative, que cette obligation est éteinte. De même si, revendiquant un immeuble possédé par un autre, je prouve, par les titres que je produis, mon droit de propriété, le possesseur n'évitera le délaissement qu'en prouvant affirmativement qu'il a acquis lui-même la propriété, par exemple, par la prescription (*a*).

Je pourrais multiplier les exemples, mais ceux que j'ai donnés suffisent pour expliquer la règle (*b*). Une règle utile qu'on peut suivre dans la pratique, c'est de se demander laquelle des parties succomberait si aucune preuve n'était produite de part ou d'autre ; c'est à cette partie qu'incombe le fardeau de la preuve (*c*).

On comprend donc qu'il est inexact de dire, d'une manière absolue, que c'est à celui qui affirme un fait à l'établir, et que celui qui nie l'existence de ce fait est dispensé de toute preuve.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *loco citato*.

(*b*) Ainsi, la mauvaise foi et la fraude, étant contraires à l'ordre normal, ne se présument jamais ; donc c'est au demandeur qui intente l'action paulienne à prouver la fraude qu'il allègue, comme celui à qui on oppose la prescription de dix ans, avec titre et bonne foi, doit prouver la mauvaise foi du possesseur (art. 2202).

(*c*) Une question qui était controversée autrefois, c'est de savoir si c'est au demandeur ou au défendeur de prouver la vérité des allégations de l'affidavit pour *capias*. L'article 919 du nouveau code de procédure civile a tranché cette question en faveur du défendeur.

On dit souvent qu'il n'est pas nécessaire de prouver un fait négatif, mais cette idée est inexacte. Tel, en effet, n'est pas le sens de la règle du droit romain: *ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat*. Cette maxime suppose qu'une partie énonce une proposition et que l'autre la nie, sans faire elle-même aucune allégation affirmative, et alors il est exact de dire que la preuve incombe à la partie *qui dicit*. Mais lorsqu'une partie formule une proposition, affirmative ou négative, dont dépendent ses conclusions, et qu'aucune présomption ne milite en sa faveur, elle doit l'établir par la preuve (*a*).

Je vais citer ici quelques applications faites par nos tribunaux des règles qui précèdent.

Le voiturier qui s'est chargé de transporter des effets, doit prouver le cas fortuit qu'il allègue pour se libérer de l'obligation de les remettre ou de payer les dommages que le propriétaire a soufferts: cour d'appel, *Richelieu and Ontario Navigation Co.* et *Fortier*, M. L. R., 5 Q. B., p. 224; même cour, *Ouimet & Canadian Express Co.*, M. L. R., 5 Q. B., p. 292; même cour, *Canadian Pacific Railway Co. & Pellant*, R. J. Q., 1 B. R., p. 311; même cour, *Richelieu and Ontario Navigation Co. & Pierce*, R. J. Q., p. 139 (*b*).

Le demandeur doit fournir une preuve positive et certaine des faits essentiels qu'il allègue dans son action, et sur lesquels il base son droit de poursuite: cour d'appel, *Têtu & Duhaime*, 18 R. L., p. 374; cour suprême, *Holmes & Carter*, 16 *Supreme Court Repts.*, p. 473; cour d'appel, *Miliken* et *Bourget*, M. L. R., 5 Q. B., p. 300; juge Jetté, *Harvey* v. *Young*, R. J. Q., 4 C. S., p. 446; juge Tait, *Rival dit Bellerose* v. *Martin*, R. J. Q., 6 C. S., p. 326. C'est aussi le demandeur qui est tenu de prouver tout fait pertinent à son action, qui est nié par la partie adverse; tels sont, par exemple, la qualité du demandeur (cour suprême, *Stanstead case*, 20 Supreme Court Repts., p. 12; même cour *Amyot & Labrecque*, 20 Supreme Court Repts., p. 181; cour de revision, *Taschereau* v. *Mathieu*, R. J. Q., 10 C. S., p. 418; juge Cimon, *Deschenes* v. *Billy*, 1 R. de J., p. 142), — l'identité du défendeur (cour de revision, *Bentley* v. *Stock*, M. L. R., 4 S. C., p. 383; juge Ouimet, *Marquette* v. *Smith*, R. J. Q., 5 C. S., p. 376), — la régularité de l'assignation (juge Mathieu, *Schultze* v. *Thorold Felt Goods Co.*, R. J. Q., 2 C. S., p. 77),—et la compétence du tribunal (juge GILL, *Belden* v.

(*a*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, nº 1178; M. le juge Langelier, nº 225.

(*b*) Il n'y a ici qu'application de l'article 1200. Voy. aussi l'article 1675.

Chistie, 33 L. C. J., p. 335; juge Mathieu, *Fraser* v. *Gilroy*, 19 R. L., p. 80). De même, si une femme mariée est poursuivie pour une obligation qu'elle prétend avoir consentie pour son mari, c'est au demandeur qu'il incombera de prouver que la femme en a profité, ou qu'il s'agissait d'une affaire propre à la femme: cour d'appel, *Union Bank & Gagnon*, 15 Q. L. R., p. 31: juge ANDREWS, *Artisans' Permanent Building Society* v. *Lemieux*, 15 Q. L. R., p. 35; cour d'appel, *Jodoin & La Banque d'Hochelaga*, R. J. Q., 3 B. R., p. 36 (*a*).

Celui qui invoque une hypothèque est tenu, en cas de contestation, de prouver que son débiteur était, lors de la passation de l'acte, propriétaire, ou possesseur à titre de propriétaire, de l'immeuble hypothéqué: cour de revision, *Gallien* v. *Taillon*, R. J. Q., 3 C. S., p. 390.

Supposons le cas d'un demandeur qui poursuit l'annulation d'un acte pour fraude; si le défendeur plaide prescription de l'action, le demandeur devra alléguer et prouver qu'il n'a eu connaissance de l'acte que dans l'année précédant l'action: même cour, *Barthe* v. *Guertin*, R. J. Q., 1 C. S., p. 96 (*b*).

De son côté le défendeur doit prouver les faits qui servent à supporter sa défense. Ainsi sur une poursuite en dommages pour arrestation, c'est au défendeur à prouver que sa dénonciation était justifiable: cour de revision, *Painchaud* v. *Bell*, 21 R. L., p. 370. Dans une poursuite sur un billet, le défendeur, qui nie avoir reçu valeur, doit prouver ce fait: juge Caron, *Côté* v. *Bergeron*, R. J. Q., 3 C. S., p. 476. Le procureur poursuivi en désaveu devra prouver qu'il a reçu pouvoir: juge Davidson, *Lajeunesse* v. *Augé*, M. L. R., 7 S. C, p. 459 (*c*).

Enfin lorsque le demandeur, en réponse à une défense, allègue des faits spéciaux, c'est sur lui que repose l'obligation de prouver ces faits: cour de revision, *Bury* v. *Forsyth*, 32 L. C. J., p. 267. Ainsi le demandeur qui se prétend porteur de bonne foi, pour l'avoir acquis avant l'échéance et pour valeur, d'un

---

(*a*) Voy. cependant la cause de *Ricard & La Banque Nationale*, R.J.Q., 3 B. R., p. 161, dans laquelle la cour d'appel paraît avoir considéré que dans le cas d'une action intentée contre une femme mariée par le détenteur régulier d'un billet, la défenderesse sera tenue de prouver que le billet a été signé pour l'avantage du mari.

(*b*) J'ai dit en mon tome 5, p. 297, que le tribunal doit, en ce cas, suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

(*c*) Si le procureur est porteur de pièces, ce serait au demandeur en désaveu à repousser la présomption qui en résulte. (Voy. la décision de la cour d'appel dans la cause de *Dupuis & Archambault*, R. J. Q., 7 B. R., p. 393.

billet entaché de fraude et d'illégalité, est tenu de prouver ce qu'il allègue: même cour, *Banque Jacques-Cartier* v. *Gagnon*, R. J. Q., 6 C. S., p. 88.

III. Qualité de la preuve. — L'article 1204 formule en ces termes une règle qui n'existe pas dans le code Napoléon: —

1204. " La preuve offerte doit être la meilleure dont le cas, " par sa nature, soit susceptible.

" Une preuve secondaire ou inférieure ne peut être reçue, à " moins qu'au préalable il n'apparaisse que la preuve originaire " ou la meilleure ne peut être fournie."

Cette règle, qui est tirés du droit anglais, et qui fait la distinction entre la preuve *originaire* ou *primaire* et la preuve *secondaire* ou *inférieure*, demande à être bien comprise. Je ferai remarquer d'abord qu'on en a beaucoup exagéré la portée. De fait les auteurs les plus récents disent qu'elle n'est plus en harmonie avec les faits, que son application est loin d'être universelle, qu'elle est de peu de secours dans la pratique et qu'elle est même inutile et ne peut servir de guide sûr (*a*).

La règle de la meilleure preuve. comme beaucoup d'autres maximes du droit anglais, doit son origine à un *dictum* judiciaire. M. Thayer l'attribue au juge en chef Holt, qui, vers 1700, l'aurait énoncée pour la première fois. Mais elle fut répétée par d'autres juges, et l'un des plus illustres des chanceliers anglais, lord Hardwicke, a déclaré qu'il n'y avait qu'une seule règle générale de la preuve, la meilleure dont le cas, par sa nature soit susceptible (*b*). Nous trouvons ensuite des auteurs éminents qui s'emparent de ces déclarations judiciaires, et les érigent en une maxime indiscutable et d'une application universelle.

Cependant, à peine la règle eut-elle été formulée, que l'on commença à la qualifier par des exceptions. Et ces exceptions sont devenues si nombreuses, que l'on enseigne aujourd'hui que la règle elle-même n'est plus d'aucune utilité pratique et que les conséquences que l'on en tire existeraient même en son absence.

Et d'abord il est clair que cette règle ne doit pas être prise à la lettre, car autrement elle autoriserait la preuve par ouï-dire, cette preuve étant quelquefois la meilleure qui soit à la dis-

---

(*a*) Voy. MM. Thayer, *Evidence at the Common law*, p. 497, et Phipson, *Law of Evidence*, p. 29. Je ne puis que conseiller au lecteur de lire le chapitre que M. Thayer consacre à la discussion de cette règle.

(*b*) "The judges and sages of the law have laid down that there is " but one general rule of evidence, the best that the nature of the case " will admit." *Omychund* v. *Barker*, 1 Atk. 21, 49.

position de la partie. Ajoutons qu'elle est essentiellement variable, puisque la mesure doit varier suivant les circonstances de chaque espèce.

Un auteur moderne enseigne qu'elle n'a que trois applications pratiques: 1° Pour prouver les déclarations d'une personne, il faut produire cette personne comme témoin (*a*); 2° Pour prouver le contenu d'un écrit, il faut offrir l'original même et non pas une copie lorsque l'original pourrait être produit; 3° Pour prouver qu'un document a été reçu devant témoins, il faut interroger les témoins eux-mêmes (*b*).

Un autre auteur moderne dit que la règle de la meilleure preuve s'applique surtout au cas de documents, et est l'équivalent de la règle qui veut que le document lui-même soit produit (*c*).

Dans notre jurisprudence on en a fait les applications suivantes:

Dans une cause de *Cockburn* v. *Beaudry*, 2 L. C. J., p. 283, le juge Badgley a décidé que, pour prouver que des actions dans une compagnie avaient été transportées par le défendeur à un tiers, avant l'action, le témoignage du secrétaire de la compagnie, démontrant l'entrée de tel transport dans les livres de la compagnie, était insuffisant.

De même on ne peut prouver par témoins l'âge d'une personne, à moins d'établir préalablement l'absence de registres de l'état civil: cette question ne peut soufirir de doute et a été ainsi décidée par les juges Monk et Berthelot, dans la cause de *Hartigan* v. *International Life Assurance Society*, 8 L. C. J., p. 203. Voy. aussi l'article 51.

La qualité d'électeur ne peut être prouvée par témoins, mais doit être établie par la production d'une copie dûment certifiée de la liste électorale: juge Mathieu, *Filiatrault* v. *Prieur*, 18 R. L., p. 666; juge Cimon, *Deschênes* v. *Belley*, 1 R. de J., p. 142; cour suprême, *Paradis & Bruneau*, 21 *Supreme Court Repts.*, p. 168. Comment prouvera-t-on le fait qu'une élection a eu lieu? La cour d'appel, dans la cause de *Hébert* et *Choquette*, 19 R. L., p. 665, a jugé que la publication dans la *Gazette Officielle* du rapport de l'élection d'un député ne constituait pas une preuve suffisante de la tenue de l'élection. Mais d'autre part, la cour de revision (*Brisson* v. *Goyette*. M. L. R., 6 S. C.,

(*a*) Cette règle comporte certaines exceptions. Ainsi on peut prouver, par témoin, les déclarations ou aveux de la partie adverse, dans les matières, bien entendu, qui sont susceptibles de preuve testimoniale.

(*b*) Thayer, pp. 497, 498.

(*c*) Phipson, p. 31.

p. 102) a jugé que ce fait pouvait être prouvé par témoins, et même était un fait public que la cour devait connaître, et qu'il n'était pas nécessaire de prouver, en l'absence d'une dénégation spéciale.

La preuve de la constitution d'une compagnie ou corporation ne peut se faire que par la production des lettres patentes accordées à cette compagnie, ou d'un exemplaire de la *Gazette Officielle* contenant l'avis de l'émission de ces lettres; une preuve secondaire de ce fait ne sera pas admise: juge Jetté, *Garrick* v. *Canada Pipe and Foundry Company*, R. J. Q., 3 C. S., p. 383.

La preuve testimoniale de l'existence d'hypothèques sur un immeuble n'est pas légale: cour de revision, *Leclaire* v. *Côté*, R. J. Q., 3 C. S., p. 331.

L'avocat qui veut obtenir jugement pour ses frais devra, avec son affidavit, produire son mémoire de frais taxé, afin de fournir la meilleure preuve possible: juge Routhier, *Pinault* v. *Gagnon*, R. J. Q., 14 C. S., p. 523.

La meilleure preuve du contenu d'un avis est faite par la production de cet avis même; la production d'une copie de cet avis, faite à la presse, dans une livre destiné à cette fin, n'est pas suffisante. On doit mettre le destinataire de cet avis en demeure de le produire, et à son défaut on sera admis à en produire la copie. La cour de revision s'est prononcée en ce sens dans la cause de *Forget* v. *Baxter*, R. J. Q., 13 C. S., p. 104, et la cour d'appel, R. J. Q., 7 B. R., p. 530, a confirmé ce jugement. Cependant ces deux jugements ont été infirmés par le conseil privé (A. C., 1900, p. 467) qui a jugé, par application de l'art. 1233, al. 6, qu'on pouvait, par une preuve secondaire, établir l'existence de billets d'achat et de vente, sans mettre la partie adverse en demeure de produire ces billets (*a*).

Pour prouver la perte subie sur la vente de marchandises expédiées à un agent pour être vendues, il ne sera pas suffisant de produire des comptes de vente reçus par la poste; il faudra produire une preuve meilleure et plus positive de la perte: décision de la cour suprême, *Hathway* v. *Chaplin*, 21 *Supreme Court Repts.*, p. 23.

Lorsqu'une partie consent à l'admission d'une preuve secondaire, cette preuve peut être invoquée contre elle, mais elle ne

---

(*a*) Il semble que le conseil privé n'a pas tenu assez compte des mots " et ne peut être produite " de l'alinéa 6 de l'article 1233. Le législateur n'a pas voulu autoriser la preuve testimoniale, qui n'est la meilleure preuve, dans l'espèce envisagée, que lorsque la preuve écrite ne peut être produite. Or elle peut l'être lorsqu'on peut forcer la partie adverse à la produire.

peut elle-même l'invoquer contre la partie adverse: décision de la cour de revision, dans la cause de *La Compagnie de la Pêche aux Marsouins de la rivière Ouelle*, v. *Gagnon*, 16 R. L., p. 269.

Enfin, dans la cause de *Guérin* v. *Fox* (R. J. Q., 15 C. S., p. 199) la cour de revision à Montréal a jugé que la règle de la meilleure preuve est édictée dans l'intérêt des parties, et non pas pour des motifs d'ordre public, et que si une preuve secondaire a été faite sans objection de la part de la partie adverse, cette dernière ne pourra plus tard en demander le rejet (*a*).

Pour revenir à la règle de l'article 1204, je crois qu'elle doit être entendue dans ce sens qu'on doit produire, non pas nécessairement la preuve la plus forte, mais celle qui offre le plus de garanties d'exactitude. En d'autres termes, la preuve offerte ne doit pas, en général, être l'écho ou la réflexion d'une autre preuve qu'on pourrait produire, mais qu'on tient cachée. Ainsi A poursuit B pour diffamation. La preuve la plus forte serait de faire avouer par B qu'il s'est servi des paroles incriminées. Mais A n'est pas tenu de produire cette preuve, qui offrirait certains risques; il suffirait qu'il prouve les paroles par des témoins présents lors de la diffamation. Mais si cette diffamation était écrite, la meilleure preuve serait cet écrit même et A ne pourrait en prouver le contenu par des témoins qui l'auraient lu, à moins de faire voir que l'écrit a été perdu ou qu'il est détenu par la partie adverse ou par un tiers et ne peut être produit (art. 1233, al. 6). En un mot, les parties ont le choix des preuves qu'elles doivent produire, mais elles ne peuvent jamais substituer une preuve d'un genre inférieur ou une preuve dérivée, à la preuve originaire et directe qui leur est accessible.

IV. Différents moyens de preuve. — L'article 1205 fait en ces termes l'énumération de ces différents genres de preuve:

1205. "La preuve peut être faite par écrit, par témoins, par "présomptions, par l'aveu de la partie ou par son serment, "suivant les règles énoncées dans ce chapitre et en la manière "indiquée dans le code de procédure civile."

Le législateur indique ici les principales divisions du sujet; les développements auxquels cette énumération donne lieu trouveront leur place plus loin.

V. Loi qui régit la preuve. — La preuve est régie en premier lieu par les dispositions de ce chapitre et celles contenues au code de procédure civile. Quand ces dispositions sont sans ap-

(*a*) Voy., dans le même sens, *Schwersenki* & *Vineberg*, cour suprême, 19 *Supreme Court Repts.*, p. 243; et *Thwaites* v. *Coulthurst*, cour de revision, 3 Q. L. R., p. 104.

plication, on distingue, suivant que la matière est civile ou commerciale. Dans le premier cas, il faut suivre les dispositions de l'ancien droit français qui n'est abrogé que lorsque le code contient une disposition sur le sujet (art. 2613). Au contraire, quand la matière est commerciale, les lois anglaises sur la preuve s'appliquent lorsque nos codes n'ont pas prévu le cas. C'est la disposition de l'art. 1206, qui se lit comme suit: —

1206. " Les règles contenues dans ce chapitre s'appliquent " aux matières commerciales comme aux autres, à moins qu'el- " les ne soient restreintes expressément ou par leur nature.

" En l'absence de dispositions dans ce code quant à la preuve " de matières commerciales, on doit avoir recours aux règles sur " la preuve prescrites par les lois d'Angleterre."

Les codificateurs ne s'expliquent pas sur cette disposition qui est du reste tirée des Statuts refondus pour le Bas-Canada, chapitre 82, article 17, dont la disposition remontait au 25 Geo. III, ch. 2 (*a*). Mais ils disent qu'il y a peu de différence entre les lois qui régissent les matières civiles et commerciales, et qu'il serait à souhaiter qu'elles fussent entièrement assimilées quant à la preuve.

Cette assimilation serait sans doute désirable, mais elle ne se réalisera probablement jamais, car ces deux matières ne tombent pas sous la juridiction du même pouvoir législatif.

Ceci m'amène à mentionner le statut 56 Victoria (Can.). chapitre 31, mieux connu sous le titre d'*Acte de la preuve en Canada,* 1893, qui s'applique " à toutes procédures civiles et " autres matières quelconques tombant sous le contrôle législa- " tif du parlement du Canada." Cela comprend toute la matière des lettres de change et billets, ainsi qu'un grand nombre d'autres sujets (*b*).

(*a*) Ce chapitre *De la preuve* a pour source le droit français et le droit anglais. Ainsi l'art. 1233 vient du droit français, l'art. 1235 du droit anglais.

(*b*) Le juge Cimon, dans la cause de *La Banque Jacques-Cartier* v. *Gagnon* (R. J. Q., 5 C. S., p. 251),a jugé que le statut 56 Victoria (Can.), ch. 31, s'appliquait à la preuve au sujet des billets, et qu'en conséquence, dans une action fondée sur un billet, un témoin ne pouvait s'exempter de répondre pour le motif que sa réponse serait de nature à l'incriminer. En revision cette question n'a pas été discutée par la cour, qui a confirmé le jugement du juge Cimon pour d'autres motifs (R. J. Q., 6 C. S., p. 88).

Dans une poursuite contre le procureur-général du Canada, en revendication d'effets qui avaient été confisqués à Montréal, sous l'empire du code criminel, la cour suprême (*O'Neil & The Attorney General of Canada*, 26 *Supreme Court Repts.*, p. 122) a jugé que la loi provinciale sur la preuve devait être appliquée et non pas l'*Acte de la preuve en Canada*, 1893.

Section II. — de la preuve littérale.

La preuve littérale est la preuve par excellence, s'il faut en croire le proverbe: *verba volant, scripta manent.* Cependant, il n'en a pas toujours été ainsi, comme en fait foi un autre dicton: *témoins passent lettres* (*a*). On a compris, cependant, qu'il fallait mettre des restrictions à l'admissibilité de la preuve testimoniale (*b*), et il en résulte que la preuve littérale est la règle, puisqu'elle est admissible dans tous les cas, et la preuve testimoniale, l'exception.

Les écrits sont de deux sortes: l'écrit authentique et l'écrit sous seing privé.

§ I. — *Des écrits authentiques.*

I. Définition. — On entend par écrit authentique celui qui est reçu, avec les formalités requises, devant un officier public qui a le pouvoir de certifier le fait qu'il énonce.

Il faut d'abord que l'acte ait été dressé par un officier public. Il existe, il est vrai, certains documents que la loi qualifie d'authentiques sans qu'ils paraissent à première vue émaner d'un officier public, comme les actes du parlement, les annonces publiées dans la *Gazette Officielle;* mais lorsqu'on y prend garde, on voit que l'imprimeur du souverain certifie implicitement tous documents qu'il imprime et c'est à cause de ce certificat, qui émane d'un officier public, que le document est regardé comme authentique.

Il faut de plus que cet officier soit compétent dans le lieu où il agit et dans la matière dans laquelle il instrumente. Sa compétence doit donc être à la fois territoriale et réelle. Ainsi un protonotaire de la cour supérieure à Montréal ne pourrait certifier un bref qui émanerait de la cour supérieure à Québec, et l'un et l'autre ne pourraient donner de l'authenticité à un bref de la cour de circuit.

Enfin, il faut que les formalités prescrites aient été observées. Ainsi, un testament notarié ne sera authentique qu'autant qu'il aura été reçu devant deux notaires ou un notaire et deux témoins; un acte ordinaire ne le sera, lorsque l'une des parties ne peut signer, qu'autant qu'elle y aura fait sa marque devant témoin.

(*a*) Cette maxime est de Loiselle.

(*b*) La première restriction fut apposée par l'ordonnance de Moulins, en 1566.

Il est inutile d'insister sur l'importance de la distinction entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé. Le premier fait preuve par lui-même, on ne peut le contredire que par une inscription de faux, sa date est certaine, et de plus c'est la forme obligatoire de certains contrats, tels que les donations entre vifs, les contrats de mariage et l'hypothèque. L'acte sous seing privé, au contraire, n'a pas par lui-même de date certaine à l'égard des tiers, on peut le contester sans recourir à l'inscription de faux et il est en outre exposé à disparaître, auquel cas il devient très difficile, pour ne pas dire impossible, de prouver l'obligation qu'il constatait.

II. Quels actes sont authentiques. — Nous trouvons dans l'article 1207 une longue énumération d'actes authentiques. Il me suffira de reproduire cette disposition, qui n'exige pas une explication particulière.

1207. "Les écrits suivants, faits ou attestés avec les formalités requises par un officier public ayant pouvoir de les faire " ou attester dans le lieu où il agit, sont authentiques et font " preuve de leur contenu, sans qu'il soit nécessaire d'en prouver la signature, non plus que le sceau qui y est attaché, ni le " caractère de l'officier, savoir: —

"Les copies des actes du parlement impérial, du parlement " de la province du Canada et du parlement de la Puissance du " Canada et les copies des édits et ordonnances et des ordonnances de la province de Québec, des statuts et ordonnances " de la province du Bas-Canada et des statuts du Haut-Canada " imprimés par l'imprimeur dûment autorisé par Sa Majesté la " Reine (*a*) ou par ses prédécesseurs;

"Les copies des actes de la législature d'une province dans " la Puissance du Canada, ou des provinces ou territoires admis " à l'avenir dans la Puissance, imprimés par un imprimeur de " la Reine, ou un autre imprimeur par autorité, pour le gouvernement de ces provinces ou territoires;

"Les lettres patentes, commissions, proclamations et autres " documents émanant de Sa Majesté la Reine ou du gouvernement de la province du Canada ou de la Puissance du Canada;

"Les lettres patentes, arrêtés en conseil (*b*), commissions,

---

(*a*) On sait que ce mot signifie le souverain régnant. Art. 36, § 1, S. R. P. Q.

(*b*) Voy. la décision du juge Cimon, dans la cause de *Regina* v. *Caron*, 16 Q. L. R., p. 328.

" proclamations et autres documents émanant du gouverne-
" ment de cette province;

" Les copies de documents officiels, proclamations ou annonces, imprimées par un imprimeur de la Reine, ou un autre imprimeur par autorité pour le gouvernement d'une province dans la Puissance du Canada, ou des provinces ou territoires admis à l'avenir dans la Puissance;

" Les annonces officielles dans la *Gazette du Canada* ou dans la *Gazette Officielle de Québec,* publiées par autorité;

" Les archives, registres, journaux et documents publics des départements du gouvernement et du parlement de la province du Canada et de la Puissance du Canada, ainsi que ceux du gouvernement et de la législature de cette province;

" Les archives et registres des cours de justice et de procédure judiciaire dans cette province;

" Les livres et registres d'un caractère public dont la loi requiert la tenue par des officiers publics dans la province (*a*);

" Les livres, registres, règlements, archives et autres documents et papiers des corporations municipales et autres corps ayant un caractère public en cette province (*b*);

" Les copies et extraits officiels des livres et écrits ci-dessus mentionnés, et les certificats et autres écrits qui peuvent être compris dans le sens légal du présent article, quoique non énumérés (*c*)."

Il n'est pas question, dans cette longue énumération, de l'acte notarié, qui est l'acte authentique par excellence. Cette omission est réparée par l'article 1208 qui se lit ainsi qu'il suit: —

(*a*) Le verdict du jury du coroner prouve le décès, mais ne peut servir à prouver dans une poursuite civile les circonstances qui ont accompagné ce décès: cour de revision, *Busby* v. *Ford*, R. J. Q., 3 C. S., p. 270.

(*b*) Ainsi le rôle d'évaluation fera preuve complète de la valeur des biens immeubles d'une municipalité pour les fins électorales (*Gratton* v. *Village de Ste-Scholastique*, 7 R. L., p. 356).

(*c*) Tel serait par exemple le certificat donné par un juge des sessions de la paix: juge Wurtele, *Queen* v. *St-Hilaire*, M. L. R., 5 S. C., p 116.

La preuve des documents publics doit se faire au moyen de copies ou extraits attestés suivant la loi, et non par la production du document public lui-même: juge de Lorimier, *Schiller* v. *Canadian Pacific Ry. Co.*, M. L. R., 7 S. C., p. 174.

Un certificat de sépulture qui ne comporterait pas être un extrait d'un registre de sépulture tenu par une personne dûment autorisée, serait irrégulier: cour d'appel, *Richer & Simon*, 22 L. C. J., p. 270.

La copie d'une copie d'un procès-verbal, contenant une attestation du secrétaire-trésorier qu'il n'existe que sous cette forme dans les archives de la municipalité, est une preuve suffisante du procès-verbal: cour d'appel, *Grenier & Lacourse*, R. J. Q., 2 B. R., p. 445.

1208. " Un acte notarié reçu devant un notaire est authen-
" tique, s'il est signé par toutes les parties.

" Si les parties ou l'une d'elles sont incapables de signer, il " est nécessaire, pour que l'acte soit authentique, que le consen- " tement donné à l'acte pour chaque partie qui ne sait ou ne " peut signer, soit reçu en la présence d'un témoin qui signe.

" Les témoins peuvent être de l'un ou de l'autre sexe, et doi- " vent être âgés d'au moins vingt et un ans, sains d'esprit, n'être " pas intéressés dans l'acte, ni être morts civilement, ni ré- " putés infâmes en loi. Les aubains et les femmes sous puis- " sance de mari, (excepté celles des notaires recevant l'acte), " peuvent servir de témoins aux actes notariés.

" Cet article est sujet aux dispositions contenues dans l'ar- " ticle qui suit, et à celles qui ont rapport aux testaments. Il " ne s'applique pas aux cas mentionnés en l'article 2380, où un " seul notaire suffit."

Avant d'indiquer les formalités requises pour la perfection de l'acte notarié, il convient de faire l'historique de l'article 1208, car aucun article ne me paraît avoir été plus souvent remis sur le métier.

Prenons d'abord le premier alinéa de notre article qui porte qu'un acte notarié reçu devant un notaire est authentique, s'il est signé par toutes les parties.

L'ordonnance de Louis XII, de mars 1498, art. 66, et celle de Henri III, de mai 1579 (mieux connue sous le nom d'ordonnance de Blois), art. 166, avaient statué qu'un seul notaire ne pourrait recevoir un acte, sans se faire assister de deux témoins instrumentaires. Faute de témoins, il fallait que l'acte fût contresigné par un second notaire. On s'entendait sur la nécessité de la signature des témoins lors de la confection même de l'acte, mais, malgré les ordonnances, les notaires persistaient à faire contresigner leurs actes, sauf les testaments, par le notaire en second, hors de la présence des parties, à tel point que les auteurs du nouveau Denisart, v° *Acte notarié*, § 7, n° 13, reconnurent que l'usage était constant sur ce point. Le même usage existait en cette province, et il était presque sans exemple que, sauf les testaments, l'acte notarié fût signé par les parties en présence des deux notaires, quoique l'acte ne manquait pas de déclarer qu'il avait été reçu devant les deux (*a*).

(*a*) Une nouvelle loi, passée en France, après la Révolution, celle du 25 ventôse an XI, art. 9, n'eut pas plus de succès, et il a fallu que la loi du 21 juin 1843 prononçat expressément la nullité des actes contenant do-

Tel était l'état des choses quand la cour d'appel, en 1862, fut appelée à trancher la question dans la cause de *Desforges & Dufaux*, 13 L. C. R., p. 179. L'espèce était intéressante et certes il fallait un usage très fort, plus fort que la loi elle-même, pour justifier l'arrêt qui a été rendu. Le demandeur revendiquait la moitié indivise de certains immeubles, prétendant que le testament en vertu duquel les défendeurs détenaient ces immeubles, était nul. Les défendeurs invoquèrent une ratification expresse de ce testament contenue dans le préambule d'un inventaire, lequel portait la déclaration qu'il avait été reçu devant deux notaires, quoique de fait il n'eût été contresigné par le notaire en second que dix ans après sa passation, et même après l'institution de l'action, et cela malgré un protêt du demandeur lui intimant de ne point le contresigner. Le demandeur ayant produit une inscription en faux contre cet acte, cette inscription fut renvoyée par la cour supérieure, dont le jugement fut confirmé par la cour d'appel, Duval, Meredith et Berthelot, JJ., *pro*, et Aylwin et Mondelet, JJ., *contra*.

Le motif du tribunal était qu'une loi peut être abrogée par désuétude (*a*), et que les dispositions de l'ordonnance de 1498 et de l'ordonnance de Blois (1579), en tant qu'elles requéraient la présence du second notaire à l'exécution d'un acte notarié, avaient été ainsi abrogées.

Quand cette décision a été rendue, le premier rapport des codificateurs contenant le titre *Des obligations*, était déjà aux mains du public (*b*), et il a été cité par les juges de la cour d'appel. Les codificateurs n'avaient naturellement pas mission de trancher la question de la désuétude, et le premier alinéa de l'article 227 du projet de ce titre se lisait comme suit: —

" Pour qu'un acte exécuté devant un notaire public soit au-
" thentique, il faut qu'il soit reçu par lui en la présence actuelle
" d'un autre notaire, ou de deux témoins idoines qui signent
" avec lui."

C'était bien ce que portait l'ancienne loi qui, de l'avis de la

---

nation entre vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfant naturel, ou procuration pour faire pareille disposition ou déclaration, lorsque ces actes avaient été reçus hors de la présence réelle et effective du notaire en second. Comp. Pandectes françaises. v° *Actes notariés*, n° 443 et suiv.; lire aussi l'article de Toullier. dans le tome 13 de ses commentaires, p. 542.

(*a*) Le juge T. J. J. Loranger s'est prononcé en sens contraire dans une cause de *Lord* v. *Laurin*, 15 L. C. R., p. 452.

(*b*) Ce rapport a été présenté à la législature le 12 octobre 1861.

cour d'appel, était tombée en désuétude, mais les codificateurs étaient d'opinion que le législateur devait intervenir ou bien pour l'abroger ou bien pour insister sur sa rigoureuse observation. " Il est nécessaire," disent-ils dans leur rapport, " d'appeler l'attention sur l'exigence rigoureuse de la règle contenue dans les articles 227 et 240 (*a*), relative à la présence " actuelle des deux notaires pour attacher l'authenticité aux " actes donnés comme passés en leur présence. Il est notoire " que dans la pratique cette règle de notre droit a été entière" ment méconnue et la signature du second notaire qui rare" ment est présent ne s'obtient que subséquemment et après un " laps de temps indéfini. C'est un abus patent et qui ne peut " avoir que de mauvaises conséquences. Il faut ou changer la " loi en donnant l'autorité à un seul notaire, ou insister sur sa " stricte observation. Les commissaires considérant la grande " importance des fonctions des notaires, et la facilité de se pro" curer des témoins, s'il n'y a pas de notaires auprès, recom" mandent ce dernier moyen."

La législature ne suivit pas la recommandation des commissaires; elle voulut mettre la loi d'accord avec la pratique, et, par la vingtième résolution, accompagnant le statut 29 Vict., ch. 41, elle donna au premier alinéa de l'article 227 du projet la rédaction suivante: —

" Un acte notarié reçu devant un notaire, est authentique, " s'il est signé par toutes les parties."

Et c'est la rédaction que l'on trouve dans le texte officiel du code, tel que d'abord publié.

Cependant, pour donner effet à l'article 48 du statut 46 Vict., ch. 32, code du notariat, dont je parlerai plus loin, les statuts refondus de la province de Québec, à l'article 5806, décrétèrent que tout l'article 1208 se lirait comme suit: —

" Sauf les testaments, un acte notarié reçu devant un seul " notaire est authentique."

Enfin le statut 56 Vict., ch. 39, précisément pour faire disparaître l'innovation de l'article 48 du code du notariat, rétablit la rédaction originaire du premier alinéa de l'article 1208, telle qu'adoptée par la législature en 1865.

Je dois ajouter, cependant, que le législateur, étant venu à la conclusion d'abroger l'ancienne loi quant à l'exigence de la

(*a*) L'article 240 du rapport portait que l'acte qui n'était pas authentique pour avoir été reçu par un notaire sans la présence actuelle d'un second notaire ou des témoins... servirait comme un acte sous seing privé, s'il était signé par toutes les parties.

présence d'un second notaire pour la passation de tout acte notarié, a cru devoir tarir dans sa source ce qui pouvait être une cause de nombreux procès, même lorsqu'on ne pourrait, pour défaut absolu de contreseing, invoquer la décision de la cour d'appel dans la cause de *Desforges & Dufaux*. Il a donc, par le statut 33 Vict., ch. 23, passé en 1870, déclaré valides et authentiques toutes les minutes d'actes notariés, excepté les testaments et les codicilles, qui n'étaient pas contresignées lors de la mise en force du code civil, ou qui ne l'ont jamais été. C'était donner un effet rétroactif au premier alinéa de l'article 1208.

Les codificateurs avaient proposé comme deuxième alinéa de l'article 227 du projet, innovant en cela à l'ancien droit quant à l'âge de capacité des témoins (*a*), la disposition suivante: —

" Ces témoins doivent être mâles, âgés d'au moins vingt et " un ans, sains d'esprit, n'être parents d'aucune des parties jus- " qu'au degré de cousin germain inclusivement, ni intéressés " dans l'acte, ni morts civilement, ni réputés infâmes en loi."

Les codificateurs ne faisaient aucune distinction, selon que les parties sussent ou ne sussent pas signer; dans tous les cas, l'acte devait être reçu devant deux notaires ou un notaire et deux témoins.

La législature, au contraire, ayant décrété, en principe, la capacité d'un seul notaire, crut, cependant, devoir maintenir l'ancienne règle pour le cas où l'une des parties ne peut pas signer.

Elle substitua donc à l'alinéa 2 du projet les deux alinéas qui suivent: —

" Si les parties ou l'une d'elles est incapable de signer, il est " nécessaire pour que l'acte soit authentique, qu'il soit reçu par " un notaire en la présence actuelle d'un autre notaire ou d'un " témoin qui y signe.

" Les témoins doivent être mâles, âgés d'au moins vingt et " un ans, sains d'esprit, n'être parents d'aucune des parties jus- " qu'au degré de cousin germain inclusivement, ni intéressés " dans l'acte, ni morts civilement, ni réputés infâmes en loi. " Les aubains peuvent servir de témoins aux actes notariés."

La législature avait accepté la proposition des codificateurs quant à l'âge des témoins instrumentaires, mais avait élargi la règle en permettant aux aubains de servir de témoins. Cependant les deux alinéas furent retranchés par l'article 5806 des statuts refondus de la province de Québec. On voulait par

(*a*) Cet âge était de vingt ans sous l'ancien droit.

là donner effet à l'article 48 du code du notariat qui portait que nonobstant les dispositions de l'article 1208, la présence et la signature d'un second notaire ou d'un témoin, quand l'une ou toutes les parties ne savent pas signer, ne sont pas requises pour compléter et rendre authentique un acte notarié, sauf les testaments.

Mais cette innovation qui pouvait donner lieu à de graves abus, ne fut pas bien vue, et la législature, dix ans plus tard, par le statut 56 Vict., ch. 39, crut devoir l'abroger et rétablir le texte primitif de ces deux alinéas, sauf quelques modifications. Comme j'ai rapporté ce texte plus haut (p. 15), il me suffira de dire qu'il n'est plus question d'un second notaire, mais uniquement d'un témoin, mais bien entendu un notaire pourrait y servir de témoin. Ensuite le nouveau texte permet aux femmes, sauf celles des notaires recevant l'acte, de servir de témoins. A cela près, le texte primitif a été maintenu (*a*).

L'alinéa 4 de l'article 1208 a éprouvé les mêmes vicissitudes que les autres aliénas; cependant la première partie de cet alinéa, en ce qui se rapporte aux testaments, s'est trouvée sous une forme ou une autre dans chaque rédaction successive. La seconde partie de l'alinéa 4 avait été proposée par le rapport supplémentaire des codificateurs comme faisant partie de l'article 228 du projet (notre article 1209), mais la législature l'a rattachée à l'article 1208. Elle n'a plus sa place dans cet article, comme dans le projet de l'article 1208, car puisqu'un seul notaire suffit pour tous les actes, sauf les testaments, il était inutile de dire qu'un seul notaire peut instrumenter dans le cas de l'article 2380, c'est-à-dire pour l'hypothèque sur un navire.

Tel qu'actuellement rédigé, l'article 1208, nous l'avons vu, consacre la compétence d'un seul notaire pour tous les actes quelconques, sauf les testaments, et sauf la nécessité d'un témoin lorsque l'une des parties ne peut signer. Mais ce témoin, bien entendu, n'est pas requis pour certains actes notariés qui n'ont pas besoin d'être signés par les parties. Il en est question dans l'article 1209, qui se lit comme suit: —

1209. " Les notifications, sommations, protêts et significa-
" tions où l'on demande une réponse, peuvent être faits par un
" notaire, que la partie au nom de laquelle ils se font ait ou
" non signé l'acte.

(*a*) A prendre l'alinéa 2 au pied de la lettre, il faudrait un témoin séparé pour chaque partie qui ne sait signer. Il est clair, cependant, que telle n'a pas été l'intention du législateur.

" Ces instruments sont authentiques et font preuve de leur " contenu jusqu'à ce qu'ils soient contredits ou désavoués.

" Mais rien de ce qui est inséré dans tel acte, comme étant " la réponse de la personne à qui il est signifié, ne fait preuve " contre elle, à moins qu'elle ne l'ait signé.

" A l'exception des notifications, sommations, protêts et si- " gnifications qui précèdent, les autres notifications, somma- " tions, protêts ou significations, peuvent être faits dans la for- " me ci-dessus indiquée ou par un acte notarié ordinaire signé " dans l'étude du notaire ou ailleurs.

" Dans ce cas il suffit de faire signifier, par un notaire, une " copie de ces actes à la personne que l'on veut ainsi notifier, " sommer ou protester, ou à son domicile.

" Il n'est pas nécessaire de délivrer à la partie adverse une " copie du procès-verbal de signification; ce procès-verbal peut " être rédigé et signé plus tard."

L'article 1209 n'exige pas une explication particulière.

On trouvera d'autres exigences quant aux actes notariés au code du notariat, art. 3604 et suivants S. R. P. Q. Je puis toutefois citer l'article 3645 tel que modifié par le statut 56 Vict., ch. 39.

3645. " L'acte notarié doit énoncer le nom, la qualité offi- " cielle, le lieu d'affaires et la signature du notaire qui le re- " çoit; les noms, la qualité et la demeure des parties avec dé- " signation des procurations ou mandats produits; la présence, " le nom, la qualité officielle et le lieu d'affaires du notaire as- " sistant; la présence, les noms, la qualité et la demeure des " témoins requis; le lieu où l'acte est reçu, le numéro de la " minute, la date de l'acte, la lecture de l'acte faite aux par- " ties; la signature du ou des notaires ou des témoins, et des " parties, ou leurs déclarations qu'elles ne peuvent signer et la " cause de cette incapacité (*a*)."

(*a*) Voici quelques décisions rendues par nos tribunaux relativement à la validité des actes notariés:

L'acte sera nul si le notaire s'est intitulé notaire du Canada: *Beaudry* v. *Smart*, 1 R. de L., p. 45. Les sommes doivent être écrites en lettres, et non en chiffres: juge Rolland, en appel, dans la cause de *McFarlane & Aimbault*, 4 L. C. R., p. 88: c'est d'ailleurs la disposition de l'art. 3644, S. R. P. Q. L'acte n'est pas nul, si le notaire ne peut écrire par suite d'un défaut de sa vue; il est suffisant qu'il puisse signer l'acte: juge Loranger, *Raiche* v. *Alie*, 1 R. L., p. 77. Les notaires peuvent instrumenter pour leurs parents; l'art. 3639 S. R. P. Q., le permet maintenant en toutes lettres, et nos tribunaux l'avaient auparavant décidé: *Fournier* v. *Kirouac*, 1 R. de L. , p. 508; cour de revision, *Lynch* v. *McArdle*, 16 L. C. J.. p. 108; juge Sicotte, *Guévremont* v. *Cardin*, 16 L. C. J., p. 257. Mais le notaire ne peut passer un acte dans lequel il est

III. De la force probante des actes authentiques. — L'article 1210 pose en ces termes la règle qui régit cette matière: —

1210. " L'acte authentique fait preuve complète entre les " parties, leurs héritiers et représentants légaux: —

" 1° De l'obligation qui y est exprimée;

" 2° De tout ce qui y est exprimé en termes énonciatifs, pour- " vu que l'énonciation ait un rapport direct à telle obligation " ou à l'objet qu'avaient en vue les parties en passant l'acte. " L'énonciation étrangère à l'obligation ou à l'objet qu'a- " vaient en vue les parties en passant l'acte ne peut servir que " comme commencement de preuve."

Cet article, s'inspirant des articles 1319 et 1320 du code Napoléon, a reproduit une inexactitude de rédaction que tous les commentateurs ont reprochée à ces articles (*a*). Comme eux, il confond la force probante avec la force obligatoire de l'acte. Il est bien entendu que les contrats, authentiques ou sous seing privé, n'obligent que les parties, leurs héritiers ou représentants légaux (art. 1023, 1028) (*b*). Au contraire, leur force

---

lui-même partie contractante (art. 3640 S. R. P. Q.); il ne peut non plus instrumenter lorsqu'il est en réalité la personne intéressée, lors même que son nom ne paraîtrait pas: juge Ouimet, *Pelletier* v. *Brosseau*, M. L. R., 6 S. C., p. 331; juge Doherty, *Cardinal* v. *Boileau*, R. J. Q., 11 C. S., p. 431. Si l'une des parties ne comprend pas la langue dans laquelle est rédigé le contrat, il est suffisant que la traduction orale lui en soit faite par le notaire: cour de revision, *McAvoy* v. *Huot*, 1 Q. L. R., p. 97; si telle formalité n'est pas remplie, la partie pourra prouver par témoins, sans recourir à l'inscription en faux, que l'acte en question ne renferme pas la convention des parties: cour de revision, *Noble* v. *Lahaye*, 1 R. L., p. 197. Les clercs et serviteurs de notaires peuvent servir de témoins à l'acte: cour de revision, *Crébassa* v. *Crépeau*, 1 R. L., p. 667; il en est autrement s'il s'agit d'un testament authentique (art. 844). Il n'est pas nécessaire, pour qu'un acte soit authentique qu'il soit écrit en présence des parties: cour de revision, *McAvoy* v. *Huot*, 1 Q. L. R., p. 97; mais il est nécessaire que le notaire soit présent lorsque les parties le signent: cour d'appel, *Rimouski Fire Insurance Co.* v. *Cedar Shingle Co.*, R. J. Q., 1 B. R., p. 559. Le notaire ne peut apposer sa signature à un acte que lorsque cet acte est complet: juge Ouimet, R. J. Q., 7 C. S., p. 439; (l'arrêt du juge Ouimet a été confirmé en revision, R. J. Q., 9 C. S., p. 352, sans en adopter les motifs). La véritable date d'un acte notarié est celle où le notaire l'a signé: cour d'appel, *Guèrremont* v. *Guèrremont*, 34 L. C. J., p. 317. L'acte n'est pas authentique s'il n'est pas daté: cour de revision, *Dumas* v. *Côté*, 14 Q. L. R., p. 308.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1187, trouve qu'il y a eu lacune mais non pas confusion dans l'art. 1319 C. N.

(*b*) Même on limite l'application de ce principe aux droits personnels, et on décide que la transmission des droits réels, même résultant des contrats, est opposable à tout le monde. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 1165, n° 2; 1319 n° 2. Il n'y en a aucun doute lorsque le contrat a été enregistré.

probante est indivisible et elle existe à l'égard de tout le monde (*a*).

✓Corrigeons donc la formule de l'article 1210 en disant que l'acte authentique fait preuve complète, à l'égard des tiers comme des parties, de l'obligation qui y est exprimée, et aussi de tout ce qui y est exprimé en termes énonciatifs, etc., en ce sens que l'existence de l'acte, de l'obligation, ou de l'énonciation, c'est-à-dire, suivant le mot de Dumoulin, *rei gestæ*, ne peut être contestée par les tiers sans recourir à l'inscription de faux.

Mais cette force probante s'étend-elle de la même manière à tout ce que cet acte contient?

On distingue les mentions qu'on ne peut contester sans mettre en question la véracité de l'officier public et celles qu'on pourrait nier sans attaquer cette véracité. Dans le cas des premières on décide qu'on ne peut les contester sans recourir à l'inscription de faux. Les autres font foi jusqu'à preuve contraire, mais on peut les mettre en question sans inscription de faux. Ainsi un acte de vente constate que le prix a été payé devant le notaire; cette mention ne peut être contestée sans mettre en question la véracité du notaire et partant ne peut être niée que par inscription de faux (*b*). Mais il en serait autrement s'il était dit que le vendeur reconnaissait avoir reçu le prix antérieurement à l'acte; cette mention prouverait le fait de cette reconnaissance, mais on pourrait nier le fait du paiement sans mettre en question la véracité du notaire et partant l'inscription en faux ne serait pas nécessaire (*c*).

Cette distinction repose sur les motifs mêmes pour lesquels l'acte est déclaré authentique. L'acte est authentique, parce que c'est le témoignage de l'officier public qui l'a dressé. Or cet officier public ne peut témoigner que des faits qu'il a constatés lui-même *de visu aut de auditu*, tout le reste n'est que de l'ouï-dire. Ainsi le prix de vente a été payé devant le notaire, il a constaté ce paiement de ses propres yeux, son témoignage est authentique. Au contraire, le vendeur a déclaré avoir déjà reçu le prix de l'acheteur, le seul fait dont témoigne le notaire, c'est de l'existence de cette déclaration. Le paiement a-t-il réellement eu lieu? Il l'ignore et partant il n'en peut témoigner.

(*a*) Fuzier-Herman, art. 1319, n° 5.

(*b*) Voy. en ce sens la cause de *McAvoy* v. *Huot*, 1 Q. L. R., p. 97, jugée par la cour de revision.

(*c*) Bien entendu, la partie elle-même serait liée par sa déclaration, qui constitue un aveu.

Donc il ne s'agit que de déterminer quels faits ont été certifiés par le notaire ou officier public, et c'est à ces seuls faits que s'étend l'authenticité, car c'est à eux que se borne le témoignage de l'officier public (*a*).

Nous en arrivons maintenant à la distinction que l'article 1210 fait entre l'obligation et l'énonciation. Par *l'obligation,* on doit *entendre les déclarations des parties,* car l'acte peut bien ne renfermer aucune obligation, et par *l'énonciation,* les explications que contient l'acte. Il n'y a aucune difficulté quant aux *déclarations* des parties, ou, pour employer l'expression de Pothier (*Obligations,* n° 735), quant au *dispositif* de l'acte (*b*). Il ne peut y avoir d'embarras qu'au sujet des énonciations, car celles-là seules sont authentiques qui ont un rapport direct à l'obligation ou à l'objet qu'avaient en vue les parties en passant l'acte, les autres ne pouvant servir que comme commencement de preuve par écrit. A quel signe reconnaître une énon-

---

(*a*) Dans mon tome 1er, pp. 189, et suiv., j'ai soutenu que tout est authentique dans les actes de l'état civil, même les énonciations que l'officier public y a insérées d'après la déclaration des parties, et dont il n'a pas personnellement connaissance, pourvu que ces énonciations soient de celles que la loi exige. Je crois devoir modifier cette opinion aujourd'hui et appliquer la même règle à tous les actes authentiques sans exception. Je le fais surtout parce que l'opinion que je suis aujourd'hui, a définitivement prévalu en France. D'ailleurs la loi autorise un enfant décrit sous de faux noms à son acte de naissance à prouver son véritable nom par témoins avec un commencement de preuve par écrit, ou lorsqu'il y a des présomptions ou indices graves de la vérité de sa prétention (art. 232), ce qui fait voir que la déclaration des noms de l'enfant, c'est-à-dire de ceux de ses prétendus parents, quoique exigée par la loi, n'a pas de caractère d'authenticité. Mais, bien entendu, l'acte de l'état civil fera foi jusqu'à preuve contraire.

Dans la cause de *Lahay* v. *Lahay* (R. J. Q., 6 C. S., p. 366) dont j'ai déjà parlé en mon tome 2, pp. 120 et s., la cour de revision a jugé que celui à qui on oppose un acte de naissance contredit par l'état de l'enfant, est admis à faire la preuve contraire, même dans le cas où il aurait lui-même signé l'acte de naissance. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un enfant né hors mariage. Voy. aussi la cause de *Sykes* & *Shaw*, dans laquelle la cour d'appel (15 L. C. R., p. 304), en exprimé l'opinion que les registres de l'état civil ne font qu'une preuve *primâ facie* de la vérité des énonciations qui y ont été insérées d'après la déclaration des parties, et que la preuve contraire est admise.

(*b*) Il est facile de distinguer la *déclaration* de l'*énonciaton*. La première c'est ce qui se rapporte à l'objet même du contrat, la seconde, ce sont les explications qui s'y rattachent accessoirement.

Pothier, *loco citato*, donne l'exemple d'un acte de reconnaissance qu'un héritage est chargé d'une rente, l'acte ajoutant que tous les arrérages de cette rente sont payés. La reconnaissance de la rente constitue le *dispositif* de l'acte, celle du paiement des arrérages n'est qu'une *énonciation*.

ciation qui a un rapport direct à l'obligation ou à l'objet que les parties avaient en vue ? Pothier nous indique le moyen de les distinguer en disant qu'une énonciation à laquelle la partie adverse aurait intérêt à s'opposer si elle n'était pas vraie, est une énonciation qui a un rapport direct à la disposition. Ainsi l'acte de reconnaissance d'une rente dit que tous les arrérages de cette rente ont été payés. Le créancier, partie à l'acte, aurait intérêt à s'opposer à cette énonciation et son silence est un aveu. Au contraire, dans le même acte le débiteur déclare qu'il tient l'héritage chargé de la rente de la succession de son frère; le créancier ni aucune autre des parties n'a d'intérêt à s'opposer à cette énonciation, partant elle est étrangère à la disposition et elle ne pourra valoir que comme commencement de preuve par écrit contre le débiteur (*a*).

Nos tribunaux supérieurs, dans une espèce assez récente (*b*), ont jugé qu'on ne peut se prévaloir contre une partie des déclarations que celle-ci a faites dans un acte nul. On admet ce principe en France lorsque l'acte est entaché d'erreur, de dol ou de violence (*c*). Il en est de même d'un acte simulé; cet acte n'étant pas sérieux, il va sans dire qu'il ne peut avoir aucune force probante à l'égard des tiers, et ceux-ci peuvent prouver la simulation par tout genre de preuve (*d*). Il y a eu quelque controverse sur la question de savoir si les parties elles-mêmes peuvent attaquer leur propre acte pour cause de simulation — on enseigne généralement l'affirmative — mais, pour faire admettre la preuve testimoniale de la simulation on exige un commencement de preuve (*e*), sauf lorsque la simulation n'est que la forme d'un dol dirigé contre la partie qui s'en plaint. Bien entendu, la partie en faveur de qui un acte a été simulé, ne peut opposer cette simulation à un tiers, car elle profiterait de sa propre fraude (*f*).

(*a*) La clause d'un contrat, étrangère à l'objet principal que les parties avaient en vue en le passant, fait preuve de son contenu, si cette clause, au lieu d'être une déclaration unilatérale de l'une des parties, forme un nouveau contrat intercalé dans le premier (*Montchamp* v. *Perras*, 24 L. C. J., p. 231).

(*b*) *Durocher* & *Durocher*, cour d'appel, R. J. Q., 5 B. R., p. 458; cour suprême, 27 Suprême Court Repts. p. 363.

(*c*) Fuzier-Herman, art. 1319 C. N., n° 74 et suiv.

(*d*) *Ibid.*, n° 116.

(*e*) On peut, en France, prouver à l'encontre d'un écrit, avec un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. N.). Il en est autrement dans notre droit.

(*f*) *Ibid.*, n° 119, 121 et suiv., 128 et suiv., 133.
Dans la cause de *Dorion* & *Dorion*, 3 D. C. A., p. 376, la cour d'appel

Que dire des déclarations relatives à la qualité des parties dans un acte authentique? La cour d'appel, dans la cause de *Inglis & O'Connor,* 21 R. L., p. 315, et M. L. R., 7 Q. B., p. 218, a jugé que bien que ces déclarations fassent foi que cette qualité a réellement été prise par la partie, elles n'établissent pas la vérité et la sincérité de ces déclarations, au point d'empêcher la preuve du contraire, et qu'ainsi une femme mariée qui prend dans un acte authentique la qualité de femme séparée de biens sera toujours recevable à invoquer son état réel de femme commune.

IV. Comment peut-on contredire un acte authentique? — Sauf ce que je viens de dire, il n'y a qu'un seul moyen de contredire un acte authentique, l'inscription de faux. C'est la disposition de l'article 1211, qui se lit comme suit: —

1211. " L'acte authentique peut être contredit et mis au " néant comme faux, en tout ou en partie, sur inscription de " faux, en la manière prescrite au code de procédure civile et " non autrement (*a*)."

Je n'ai pas l'intention d'indiquer ici la procédure de l'inscription de faux; on la trouvera aux articles 225 et suivants du code de procédure civile.

Les principes que je viens d'exposer quant à l'acte simulé ne sont pas en contradiction avec la disposition de l'article 1211. Celui qui attaque pour cause de simulation un acte authentique, admet bien que les déclarations simulées ont été faites au notaire, il n'en conteste que la sincérité.

Ceci fait bien voir que chaque fois que la preuve que l'on demande à faire n'attaque pas la véracité de l'officier public, mais met en doute soit les déclarations que les parties ont faites, soit la qualité assumée par elles, il ne sera pas nécessaire de recourir à l'inscription en faux (*b*). Mais, dit le juge Langelier (*c*), lorsqu'il s'agit des faits que l'officier public a consta-

---

a jugé qu'un acte de vente simulé, fait dans le but de frauder les créanciers du vendeur, peut être déclaré nul à la poursuite de l'une des parties, si la fraude n'est pas entièrement ou partiellement la cause ou la considération du contrat entre les parties.

(*a*) Cet article ne se trouve pas au Code Napoléon, mais le principe qu'il énonce ne fait aucun doute dans le droit français.

(*b*) Voy. *Cossette & Vinet,* R. J. Q., 7 B. R., p. 512.

(*c*) *Preuve,* n° 395.

tés lui-même (*a*), la preuve contraire sans inscription en faux devra être rejetée d'office par le tribunal, lorsque la partie adverse ne s'y objecte pas, car, ajoute-t-il, les tribunaux doivent veiller à ce qu'on ne porte pas atteinte au respect dû au témoignage de l'officier public. Il ne faut pas exagérer cette doctrine, car avec le consentement formel des parties, un acte authentique pourra être déclaré faux, même sans inscription de faux (*b*).

V. Des contre-lettres. — L'article 1212 porte que "les con-"tre-lettres n'ont leur effet qu'entre les parties contractantes; "elles ne font point preuve contre les tiers."

Sauf un mot, cet article est la copie de l'article 1321 du code Napoléon, mais ce mot est assez important. L'article 1321 C. N. dit: "elles n'ont point *d'effet* contre les tiers," tandis que notre article, après avoir posé le principe que les contre-lettres n'ont leur effet qu'entre les parties contractantes, ajoute: "elles ne font point *preuve* contre les tiers." C'est la rédaction de notre article qui est défectueuse. La force probante des contre-lettres est la même que celle des autres actes.

Ainsi, si les parties, après avoir vendu par acte notarié un immeuble, déclarent par un autre acte notarié que cette vente

---

(*a*) Par exemple la date de l'acte (juge Papineau, *Lewis* v. *Primeau*, 7 L. N., p. 39), ou la réserve d'une partie d'un immeuble vendu par l'acte (cour de revision, *Sabine* v. *Krans*, 3 L. N., 267).

La cour de revision, dans une cause de *Champoux* v. *Paradis*, R. J. Q., 2 C. S., p. 419, a décidé qu'il fallait une inscription en faux pour prouver contre ou outre le contenu du registre des délibérations d'une fabrique.

(*b*) Dans la cause de *Schwersenski* & *Vineberg*, 19 Supreme Court Reports, p. 243, la cour suprême a jugé que la disposition de l'art. 1234, qui dit que l'on ne peut contredire par témoins un écrit valablement fait, n'est pas d'ordre public, et que, partant, si une telle preuve a été faite au procès sans objection de la part de la partie adverse, une cour d'appel ne peut la rejeter. De même, dans une cause *Thwaites* v. *Coulthurst* (3 Q. L. R., p. 104), la cour de revision à Québec a jugé que si la partie adverse a laissé produire, sans objection, une preuve secondaire, elle ne peut plus demander le rejet de cette preuve; et il y a une décision analogue dans une cause de *Guérin* v. *Fox* (R. J. Q., 15 C. S., p. 199), jugée par la cour de revision à Montréal, où il s'agissait également de la règle de la meilleure preuve.

Il résulte de cela que si la prohibition de la loi n'est pas d'ordre public, le silence de la partie adverse suffira pour rendre légale la preuve qui a été faite contrairement à cette prohibition. Et la prohibition de l'article 1234, n'étant pas d'ordre public, il semblerait que la preuve faite à l'encontre d'un acte authentique, sans objection d'aucune des parties, serait régulière.

n'est en réalité qu'une antichrèse, les deux actes auront la même force probante même à l'égard des tiers, en ce sens qu'on ne pourra les contredire l'un ou l'autre que par inscription de faux. Mais le deuxième acte ne pourra être opposé aux tiers alors que le premier aurait pu l'être. Voilà, à mon avis, le sens et la portée de l'article 1212, qui aurait dû se trouver dans la section V du chapitre I du titre *Des obligations,* où il est question de l'effet des contrats à l'égard des tiers (*a*).

Mais, que doit-on entendre par contre-lettre? Evidemment ce n'est pas un acte par lequel les parties modifient ou même annulent une convention antérieure sérieusement faite entre elles. C'est, au contraire, un acte dont le seul but est de constater la simulation totale ou partielle d'un contrat ostensible destiné à être montré au public, tandis que le plus souvent la contre-lettre demeure secrète jusqu'à ce que l'une des parties l'invoque contre l'autre (*b*). Elle constate la réalité de la convention que les parties ont faite entre elles et le mensonge dont elles se sont rendues coupables à l'égard du public. Pour punir ce mensonge et pour protéger les tiers qui n'ont vu que l'acte ostensible, c'est ce dernier acte seul qui vaut à l'encontre des tiers, alors que, entre les parties, la réalité l'emporte sur le mensonge et la contre-lettre seule vaut.

Donc les droits des parties et de leurs héritiers et successeurs réguliers ou irréguliers, et de leurs légataires ou donataires universels ou à titre universel, sont régis par la contre-lettre. Naturellement, il faut que cette contre-lettre soit elle-même valable, car si elle était nulle, il ne resterait que l'acte qu'elle était destinée à remplacer. Ainsi un débiteur insolvable fait un concordat avec ses créanciers, mais par une contre-lettre consentie avec l'un de ceux-ci, il est déclaré que la décharge que comporte le concordat ne privera pas le créancier de son recours pour la différence entre la somme payée et le chiffre de sa créance. D'après notre jurisprudence (*c*), la convention que renferme la contre-lettre est nulle et partant c'est l'acte

---

(*a*) Comp. Larombière, sur l'art. 1321 C. N., n° 5; Fuzier-Herman, sur le même article, n° 8; Baudry-Lacantinerie, n° 1223.

(*b*) La contre-lettre peut-être valable, lors même qu'elle n'est passée qu'entre quelques-unes des parties au contrat, mais elle n'a point d'effet contre les autres parties qui n'y sont point intervenues (Voy. le jugement du juge Monk, dans l'affaire de *Lemoine* v. *Lionais,* 2 L. C. L. J., p. 163; cette cause a été portée au conseil privé, mais ce tribunal ne s'est pas prononcé sur ce point.)

(*c*) Voy. mon tome 5, p. 205.

de concordat et la décharge que le créancier y donne à son débiteur qui régiront les droits des parties (*a*).

Les droits des tiers, au contraire, sont régis par l'acte ostensible en ce sens seulement que la contre-lettre qui leur a été cachée ne peut leur être opposée. Il se peut que leurs droits ne soient pas affectés par l'acte ostensible et partant la contre-lettre, cachée ou non, leur demeurera indifférente. Mais s'ils ont acquis quelques droits en vertu de l'acte ostensible, ces droits ne seront pas affectés par la contre-lettre. Ainsi A vend un immeuble à B, mais une contre-lettre comporte que cette vente n'est qu'apparente et que A est toujours resté propriétaire. Les créanciers, même chirographaires, de B peuvent considérer la vente comme sérieuse et saisir l'immeuble sans que A puisse leur opposer la contre-lettre. Mais si la contre-lettre ne peut nuire aux tiers, ceux-ci peuvent l'invoquer s'ils le jugent convenable. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus, un créancier de A pourrait contester le droit de B à l'immeuble vendu, en lui opposant la contre-lettre.

Enfin, on enseigne qu'il faut que les tiers aient été trompés par la simulation, partant que la contre-lettre ne leur ait pas été connue (*b*); si donc cette contre-lettre avait été enregistrée, il est évident que les tiers ne pourraient la méconnaître (*c*).

Mais s'il s'agit d'une contre-lettre non enregistrée, qui contient une convention sujette à l'enregistrement, le tiers dont les droits sont enregistrés n'a pas besoin d'invoquer l'article 1212 pour repousser la contre-lettre. Il lui suffira d'opposer le défaut d'enregistrement, et alors il semble, par application de l'article 2085, que sa connaissance de la contre-lettre serait indifférente (*d*). Les autres tiers, ceux dont les droits réels n'ont pas été enregistrés, et les créanciers chirographaires, pourront se prévaloir de l'article 1212 pour repousser la contre-lettre dont ils n'ont pas eu connaissance.

VI. Des actes récognitifs. — Par *acte récognitif*, on entend

(*a*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1225.

(*b*) Voy. Fuzier-Herman sur l'art. 1321, n° 49; Huc, t. 8, n° 232.

(*c*) Si la contre-lettre n'a pas été enregistrée, le propriétaire apparent, ayant titre en son nom, dûment enregistré, pourra faire valoir son droit de propriété à l'encontre des tiers, car dans ce cas la contre-lettre n'a d'effet, quant au droit de propriété, qu'entre les parties: cour d'appel, *Lesage & Boily*, 16 Q. L. R., p. 49.

(*d*) Voy. les auteurs cités par Fuzier-Herman, art. 1321, n° 63. *Junge* Huc, t. 8, n° 235.

celui que consent le débiteur, dans le but de reconnaître, au profit de son créancier, l'existence d'un droit réel ou personnel déjà constaté, en faveur de ce dernier, par un acte antérieur qu'on appelle *titre primordial* (*a*). Ainsi, le titre primordial a été perdu, ou on craint qu'il ne disparaisse, et l'on rédige un acte pour le reconnaître; ce nouveau titre est un acte récognitif. Le *titre nouveau* dont parle l'art. 2249 est également un acte récognitif.

Cependant, il ne s'agit ici que de déterminer la force probante qui s'attache aux actes récognitifs. Nous trouvons la règle suivante dans l'article 1213: —

1213. " Les actes récognitifs ne font point preuve du titre " primordial, à moins que sa substance ne soit spécialement re- " latée dans ces actes récognitifs.

" Tout ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, " ou qui en diffère, ne fait aucune preuve à l'encontre (*b*)."

Le but de l'acte récognitif c'est de fournir une preuve du titre primordial, et non pas de le modifier ou d'y ajouter quelque chose. Il s'ensuit donc qu'il n'atteindra ce but qu'autant que la substance du titre primordial y est spécialement rélatée, et que tout ce qu'il dit de plus ou de moins que ce titre sera sans effet, même pour créer une obligation nouvelle, alors, bien entendu, qu'il appert qu'il ne devait servir que d'acte récognitif.

On distinguait dans l'ancien droit deux espèces d'actes récognitifs: celui qui était récognitif *in forma speciali* et celui qui l'était *in forma communi*. C'est du premier qu'il est question dans l'article 1213, puisque la substance du titre primordial doit être *spécialement* relatée dans le titre récognitif. Mais comment constater si cette substance est ainsi spécialement relatée si ce n'est par la production du titre lui-même? et si le

---

(*a*) Comp. Huc, t. 8, n° 270; Baudry-Lacantinerie, n° 1238.

(*b*) Notre article reproduit en substance les alinéas 1 et 2 de l'article 1337 C. N. Ce dernier article contient un troisième alinéa portant que s'il y a plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, et dont l'une ait trente ans de date, le créancier peut être dispensé de représenter le titre primordial. Notre code ne reproduit pas cette disposition, et il s'ensuit que même la multiplicité des reconnaissances imparfaites et l'ancienneté de l'une d'elles ne dispenseront pas en principe le créancier de produire le titre primordial. Cependant, je me hâte d'ajouter que la perte du titre est l'un des cas où la preuve testimoniale est admissible (art. 1233, 6°), et que la multiplicité des reconnaissances même imparfaites crée une très grande probabilité de l'existence du droit, au point de constituer, sinon un aveu formel, du moins une présomption de fait suffisante pour asseoir un jugement.

titre primordial doit être représenté, quelle est l'utilité de l'acte récognitif?

M. Huc (t. 8, n° 270) répond qu'il faut que l'acte récognitif révèle par lui-même, par les énonciations qu'il renferme, s'il contient ou non la teneur (*a*) du titre primordial. Ainsi il doit résulter de l'acte récognitif, soit par une déclaration formelle, soit par une indication non équivoque, qu'il renferme la substance du titre primordial. Le débiteur à qui on oppose une reconnaissance de ce genre peut, bien entendu, la combattre en produisant le titre primordial, s'il existe, mais en l'absence de cette confrontation, l'acte récognitif *in forma speciali* constituera une preuve complète du droit reconnu.

Il est inutile d'insister, car il arrivera bien rarement que la reconnaissance, même *in forma communi*, ne constituera pas un aveu du droit du créancier, et le débiteur à qui on oppose cet aveu extrajudiciaire, ne doit-il pas lui-même produire le titre primordial, et prouver l'erreur de l'acte récognitif, pour échapper aux conséquences de son aveu?

Je dois citer ici la cause de *Paré* v. *Paré* (jugements mentionnés aux R. J. Q., 2 B. R., p. 489), dans laquelle le juge Tellier en première instance, et la cour de revision, ont jugé qu'un acte de reconnaissance qui relate la substance d'un billet, base de ce titre, en énonçant la date de ce billet, son montant, et les noms des personnes en faveur desquelles il a été souscrit, mais qui ne donne pas la date de l'échéance de ce billet, omission du reste couverte par l'admission du défendeur dans la cause, résultant de ses plaidoyers de prescription et de paiement, fait suffisamment preuve de ce billet, dont il tient lieu, et que le demandeur n'est pas tenu de produire le billet lui-même. Cette cause a été portée en appel (R. J. Q., 2 B. R., p. 489), et en cour suprême, 23 *Supreme Court Repts*, p. 243, mais ces deux cours ne se sont pas prononcées sur ce point.

VII. Des actes confirmatifs. — Le législateur ne fait mention ici que de la *force probante*, quand il ne devrait s'occuper que de l'*effet* ou de la *valeur* de l'acte confirmatif. Aux termes de l'article 1214, " l'acte de ratification ou confirmation d'une " obligation annulable ne fait aucune preuve, à moins qu'il " n'exprime la substance de l'obligation, la cause d'annulation

(*a*) L'art. 1337 C. N. se sert du mot " teneur " que notre article remplace par " substance ", mais bien que cette dernière expression prête moins à équivoque, je ne vois pas de différence, sous ce rapport, entre les deux articles.

“et l’intention de la couvrir (*a*).” Ce que le législateur voulait dire, c’est que la confirmation ne vaut qu’autant que l’acte qui la constate exprime la substance de l’obligation, la cause d’annulation et l’intention de la couvrir. La confirmation est la renonciation au droit de faire annuler un acte, et comme l’on n’est jamais présumé renoncer à son droit, il faut que l’acte annulable soit bien désigné, que le vice qui l’infecte soit décrit et que la volonté de purger ce vice soit manifeste.

L’article 1214 confond également la confirmation et la ratification, ce qui n’est pas la même chose, la première étant la renonciation à l’action en annulation, la seconde l’approbation d’un acte fait par un autre sans pouvoir. Il semble même que la ratification ne tombe nullement sous la règle de l’article 1214, puisque celui qui ratifie ne renonce pas à une action en nullité qui lui compétait; se contente, au contraire, d’approuver l’acte d’un tiers qui ne le liait nullement. Il ne couvre pas un vice de l’acte, il accepte l’acte tel qu’il a été fait.

Il résulte des termes mêmes de notre article, comme du reste des principes généraux du droit, que l’on ne peut confirmer un acte radicalement nul. Un tel acte n’existe pas et on ne confirme pas le néant. Ainsi une femme mariée s’est obligée sans l’autorisation de son mari, un donateur a donné un immeuble

---

(*a*) Dans le code Napoléon on trouve trois articles sur les actes confirmatifs, et notre article ne correspond qu’au premier alinéa de l’article 1338, C. N., plus exact, à mon avis, puisqu’il parle de la valeur et non pas de la force probante de l’acte confirmatif. Du reste, notre article reproduit assez fidèlement les conditions que cet alinéa exige pour la valeur de l’acte confirmatif.

Les deux autres alinéas de l’article 1338 portent qu’à défaut d’acte confirmatif, il suffit que l’obligation soit exécutée volontairement après l’époque à laquelle elle pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. ajoutant que la confirmation ou exécution volontaire de l’acte comporte renonciation aux moyens et exceptions que l’on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers. Il n’est pas douteux, dans notre droit, que l’on peut, en tout temps, confimer tacitement un acte annulable, en l’exécutant volontairement et avec connaissance des vices qui l’infectent.

Aux termes de l’article 1339 C. N., le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d’une donation entre vifs nulle en la forme; il faut qu’elle soit refaite en la forme légale. Ce principe n’avait pas besoin d’être énoncé ici, car c’est la conséquence nécessaire des principes qui régissent la donation et en font un contrat solennel.

Mais nous ne pouvons que repousser l’art. 1340 C. N., qui dit que la confirmation ou ratification ou exécution volontaire d’une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception. Cette disposition, en ce qui se rapporte à la donation nulle de forme, est de la dernière conséquence et tous les auteurs la condamnent.

par acte sous seing privé; la déclaration du mari qu'il ratifie l'obligation de sa femme, celle du donateur, même par acte notarié, qu'il confirme la donation, sont absolument sans effet. Il faut que la femme contracte de nouveau avec l'autorisation de son mari ou celle de justice, que le donateur refasse la donation en la forme voulue, et dans un cas comme dans l'autre l'obligation ne datera qu'à compter du deuxième acte, le premier étant absolument inexistant.

Cette distinction entre les actes nuls ou inexistants d'une part et les actes annulables d'autre part, est essentielle et je ne saurais trop y appuyer (*a*). L'acte est-il nul ou inexistant, pas de confirmation possible; est-il, au contraire, annulable, on peut le confirmer. Il importe donc, lorsqu'il s'agit de corriger, par un nouvel acte, une erreur commise par les parties dans un acte antérieur, que le notaire se rende bien compte de la nullité qui affecte le premier acte. Cette nullité est-elle radicale, y a-t-il eu violation d'une loi d'ordre public, c'est un nouvel acte qu'il s'agit de dresser. La nullité, au contraire, n'est-elle que relative, la loi qu'on a violée n'est-elle que d'intérêt privé, il suffira de faire confirmer l'acte par celui au bénéfice de qui la nullité a été décrétée. En effet, qu'est-ce que la confirmation, si ce n'est la renonciation à l'action en nullité par celui qui aurait pu l'exercer; c'est, comme nous le verrons, un acte essentiellement unilatéral. Il s'ensuit donc, lorsque la nullité est radicale, que la confirmation est impossible, car elle supposerait le concours de tous ceux qui pourraient en tout temps exercer l'action pour faire constater cette nullité.

Je rendrai ces principes plus intelligibles encore par deux exemples. Le tuteur d'un mineur a vendu un immeuble de son pupille sans l'autorisation judiciaire. Une femme majeure mais mariée a également vendu un immeuble, mais son mari n'a pas autorisé l'aliénation. Dans le premier cas la vente est nulle de nullité relative, en ce sens que le mineur seul peut l'attaquer; l'acheteur est obligé de la subir (*b*). Dans le deuxième cas la vente est nulle de nullité radicale, d'une nullité que rien ne peut couvrir (art. 183).

Mais, supposons-le, l'acheteur qui craint l'éviction insiste auprès du mineur devenu majeur ou auprès de la femme et de son mari pour se faire donner un titre inattaquable à l'immeuble qu'il a acheté, et le mineur devenu majeur ou la femme et

---

(*a*) Voy., à ce sujet, mon tome 1er, pp. 122, 123 et 413; et mon tome 5, p. 237.

(*b*) Voy. mon tome 2, p. 222.

son mari veulent se rendre à sa demande. Comment procédera-t-on?

La réponse n'est pas la même dans les deux cas.

Dans la première espèce, le mineur devenu majeur déclarera par un acte unilatéral que tel jour son tuteur a vendu tel immeuble, pour tel prix, sans l'autorisation judiciaire; que l'acheteur en a payé le prix; que la vente est sujette à rescision pour défaut d'autorisation judiciaire; que néanmoins le déclarant veut la tenir pour bonne et qu'il la confirme (*a*).

Dans le cas de la femme mariée, il ne s'agit plus d'un acte unilatéral, mais d'un véritable contrat synallagmatique, car tout est à refaire. En vain le mari déclarerait-il qu'il ratifie l'acte de sa femme, en vain les deux époux viendraient-ils dire qu'ils tiennent la vente pour bonne et qu'ils la confirment. Il faut que la femme, assistée cette fois de son mari, et l'acheteur, refassent tous deux l'acte; que le deuxième acte constitue une vente réelle et qu'il ne se borne pas à confirmer une vente antérieure (*b*). Alors seulement, et à compter de ce deuxième acte uniquement, l'acheteur sera propriétaire, tandis que, dans l'autre hypothèse, il est censé avoir été propriétaire depuis le premier acte, la confirmation ayant un effet rétroactif.

J'ai cru devoir insister sur ce sujet, car, à ma connaissance personnelle, bon nombre de notaires et d'hommes de loi ne tiennent pas assez compte de la distinction fondamentale entre la nullité radicale et la nullité relative.

Le mode de la confirmation est indiqué à l'article 1214. Il faut qu'elle exprime la substance de l'obligation, la cause d'annulation et l'intention de la couvrir, ce qui équivaut à dire

---

(*a*) Le mineur qui a atteint sa majorité peut-il, quand une obligation a été consentie illégalement par son tuteur, la ratifier valablement avant qu'un compte de tutelle lui ait été fourni? La cour d'appel, dans la cause de *Davis* & *Kerr*, 17 R. L., p. 620, et M. L. R., 5 Q. B., p. 156, a jugé qu'une obligation ainsi consentie par un tuteur pour ses affaires personnelles, à la connaissance du prêteur, était nulle, quand même elle aurait été ratifiée par le mineur, après sa majorité, mais avant qu'un compte de tutelle lui ait été fourni. La cour suprême, dans la même cause (17 Supreme Court Repts, p. 235) a jugé que la ratification n'était pas valable, si le mineur l'avait consentie sans connaître l'illégalité ou la nullité de l'obligation.

(*b*) Il peut arriver que, par voie d'interprétation, un tribunal trouve une vente réelle dans un acte que les parties ont traité d'acte confirmatif, mais le principe reste inflexible, et si l'acte n'est que confirmatif, si, par exemple, l'acheteur n'y est pas partie, on ne pourra que le déclarer inefficace.

qu'elle doit être faite en connaissance de cause. Ajoutons qu'elle constitue essentiellement un acte unilatéral et qu'elle n'exige pas l'acceptation de la partie contre qui la nullité aurait pu être invoquée.

Il n'est question, à l'article 1214, que de la confirmation expresse. Mais il n'en résulte pas qu'elle ne puisse se faire tacitement, ce qui aura lieu lorsque la personne au bénéfice de qui la nullité était prononcée, a volontairement, et en connaissance de cause, exécuté l'obligation ou promis de l'exécuter.

Pour la preuve, la confirmation de l'acte annulable tombe sous les règles du droit commun. Rappelons seulement la règle spéciale de l'article 1235, 2°, que, dans les affaires commerciales, l'on ne prouve que par un écrit signé par la partie, la promesse ou ratification par un majeur d'obligations par lui contractées pendant sa minorité. Cette disposition nous vient du *Statut des fraudes*.

§ II. — *Des copies de titres.*

Le but de ce paragraphe n'est que de pourvoir à l'authenticité des copies de documents authentiques. Il suffira d'en rapporter les dispositions avec des explications très sommaires.

Les articles 1215 et 1216 se rapportent aux copies des actes notariés, et aux extraits des minutes des actes authentiques, notariés, judiciaires ou autres. Ils se lisent comme suit:

"1215. Les copies des actes notariés, certifiées vraies copies "de la minute par le notaire ou autre officier public dépositaire légal de telle minute, sont authentiques et font preuve "de ce qui est contenu dans la minute."

"1216. Les extraits dûment certifiés et expédiés par les notaires ou par les protonotaires de la cour supérieure des minutes d'actes authentiques dont ils sont légalement les dépositaires, sont authentiques et font preuve de leur contenu, "pourvu que tels extraits contiennent la date de l'acte, le lieu "où il a été passé, la nature de l'acte, les nom et désignation "des parties, le nom du notaire qui a reçu l'acte, et textuellement les clauses ou parties des clauses dont l'extrait est requis, et enfin le jour où l'extrait est expédié, dont mention "doit être également faite sur la minute."

Les copies ne font foi que de ce qui se trouve dans le titre original (*a*), et les notaires ne peuvent, même sous prétexte d'in-

(*a*) Ainsi la production d'une copie d'un acte authentique constatant qu'une partie a signé l'acte comme suit: "S. Labelle", ne fera pas preuve de la signature de la partie qui s'appelle "Sévère Labelle", sans que l'identité soit établie: juge Rainville, *Côté* v. *Labelle*, 12 R. L., p. 33.

terprétation, rien ajouter dans les copies à ce qui est contenu dans la minute originale.

Les copies ou extraits qui ne seraient pas dressés par une personne publique dûment autorisée seraient absolument informes, et ne pourraient servir de preuve (cour d'appel, *Ricker & Simon*, 22 L. C. J., 270).

Les extraits d'actes authentiques devront contenir tout ce qu'exige l'article 1216. Ils ne seront considérés comme authentiques et ne feront preuve qu'à cette condition.

Il ne peut y avoir de question sur la foi que méritent les copies ou les extraits authentiques, lorsque le titre original subsiste; car, si on doute de ce qu'ils contiennent, on pourra toujours avoir recours au titre original, dont la représentation pourra être exigée par le moyen d'une inscription en faux contre la copie ou l'extrait. Mais il peut y avoir plus de difficulté lorsque le titre original est perdu, pour savoir quelle foi peuvent faire en ce cas les copies. L'article 1217 s'exprime comme suit:

" 1217. Lorsque la minute d'un acte notarié a été perdue " par cas imprévu, la copie d'une copie authentique de telle mi" nute fait preuve du contenu de cette dernière, pourvu que " cette copie soit attestée par le notaire ou autre officier public, " entre les mains duquel la copie authentique a été déposée " par autorité judiciaire, dans le but d'en donner des copies, tel " que réglé par le code de procédure civile."

Les articles du code de procédure qui s'occupent de cette matière sont les articles 1327, 1328, 1329 et 1330. Des dispositions semblables se trouvent aux articles 3666, 3667, 3668, 3669 et 3670 des S. R. P. Q.

La copie déposée tient lieu de minute, et les copies qu'on en dresse sont réputées authentiques.

L'article 1218 est plus général que l'article 1217. Il se lit comme suit:

" 1218. La copie des actes notariés et extraits d'iceux, de " tous actes authentiques, judiciaires ou autres, des pièces dé" posées et de tous documents et autres écrits, même sous seing " privé ou faits devant témoins, légalement enregistrés au long, " lorsque telle copie est revêtue du certificat du régistrateur, " est une preuve authentique de tel document si les originaux " en sont détruits par le feu ou autre accident, ou sont autre" ment perdus."

Cet article autorise la preuve secondaire non seulement des actes notariés, mais de tous documents, même sous seing privé. Mais, il faut que le document ait été enregistré au long, c'est-

à-dire par transcription, et que l'original soit détruit ou perdu. Aussi longtemps que l'original existe, la copie revêtue du certificat du régistrateur ne fait pas preuve du document (*a*).

La preuve secondaire qu'autorise l'article 1218 sera aussi permise dans deux autres cas que prévoit l'article 1219, c'est-à-dire lorsque la preuve originaire se trouve en la possession de la partie adverse ou d'un tiers. L'article 1219 s'exprime comme suit:

" 1219. Si dans les mêmes cas, le document originaire est en " la possession de la partie adverse, ou d'un tiers, sans la col- " lusion de la partie qui l'invoque, et ne peut être produit, la " copie certifiée comme en l'article qui précède fait preuve éga- " lement."

Il faut que la partie adverse ait été mise en demeure de produire le document originaire, et ait refusé de le faire, ou que le tiers qui l'a en sa possession ait refusé légalement de le produire ou soit hors de la juridiction du tribunal.

§ III. — *De certains écrits faits hors du Bas-Canada.*

Il y a des écrits auxquels notre loi donne un caractère de demi-authenticité parce qu'ils portent la signature d'officiers publics étrangers, dont on admet *prima facie* l'autorité (*b*).

L'article 1220 contient dans les termes qui suivent l'énumération de ces écrits:

" 1220. Le certificat du secrétaire d'un Etat étranger ou du " gouvernement exécutif de cet Etat, et les documents origi- " naux et les copies de documents ci-après énumérés, faits hors " du Bas-Canada, font preuve *primà facie* de leur contenu, sans " qu'il soit nécessaire de prouver le sceau ou la signature appo- " sée par l'officier à tel original ou copie, ou l'autorité de cet " officier, savoir: —

" 1° Les copies de tous jugements ou autres procédures judi- " ciaires de toute cour hors du Bas-Canada, revêtues du sceau " de telle cour ou de la signature de l'officier ayant la garde " légale du dossier de tel jugement ou autre procédure judi- " ciaire;

" 2° Les copies de tout testament fait hors du Bas-Canada,

(*a*) *St-Pierre* v. *Ross*, 2 R. de L., p. 58; *Beaudet* v. *Beaudet*, 2 R. de L., p. 279; cour d'appel, *Nye* v. *Colville*, 3 L. C. R., p. 97.

(*b*) Ces écrits faits à l'étranger ne sont pas les seuls qui font preuve *prima facie*, car plusieurs de nos statuts fédéraux et provinciaux déclarent que certains écrits feront preuve *prima facie* de certains faits.

" revêtues du sceau de la cour où l'original du testament est dé-
" posé, ou de la signature du juge ou autre officier ayant la
" garde légale de tel testament, et la vérification de ce testa-
" ment sous le sceau de cette cour;

" 3° Les copies tirées sur une copie de testament et de sa
" vérification, certifiées par le protonotaire de toute cour dans
" le Bas-Canada, dans le bureau duquel la copie du testament
" et vérification a été déposée à la demande d'une partie inté-
" ressée, et par ordre d'un juge de cette cour, et cette vérifica-
" tion est aussi reçue comme preuve du décès du testateur;

" 4° Les certificats de mariage, de naissance, de baptême et
" de sépulture de personnes hors du Bas-Canada, sous la signa-
" ture de l'ecclésiastique ou officier public qui a officié, et les
" extraits des registres de tel mariage, baptême ou naissance, et
" sépulture, certifiés par l'ecclésiastique ou officier public qui
" en est légalement le dépositaire;

" 5° Les copies délivrées par notaire de toute procuration
" faite hors du Bas-Canada, en présence d'un ou de plusieurs
" témoins et authentiquées par le maire du lieu ou autre offi-
" cier public du pays d'où elles sont datées, et dont l'original a
" été déposé chez le notaire public dans le Bas-Canada qui en
" expédie telles copies;

" 6° La copie faite par un protonotaire ou par le greffier
" d'une cour de circuit dans le Bas-Canada, d'une procuration
" faite hors du Bas-Canada en présence d'un ou de plusieurs té-
" moins, et authentiquée par le maire ou autre officier public
" du pays d'où elle est datée, telle copie étant prise dans une
" cause où l'original est produit par un témoin qui refuse de
" s'en dessaisir, et étant certifiée et produite dans cette même
" cause;

" 7° Les copies, dûment certifiées par un notaire dans la pro-
" vince de Québec, de tous les écrits et documents ci-dessus énu-
" mérés qui ont été préalablement déposés chez ce notaire;

" L'original des procurations mentionnées dans les para-
" graphes cinq et six ci-dessus, est réputé dûment prouvé; mais
" la vérité des copies, vérifications, certificats ou extraits men-
" tionnés en cet article ainsi que des originaux eux-mêmes de
" telles procurations, peut être contestée, et la preuve peut en
" être exigée en la manière prescrite au code de procédure ci-
" vile."

Le paragraphe 7 de cet article a été ajouté par le statut 62 Vict., ch. 49, s. 1.

Les écrits mentionnés en l'article 1220 n'étant pas authentiques, il ne sera pas nécessaire de recourir à l'inscription en

faux pour les contester, mais, à cause du caractère de demi authenticité qu'elle leur donne, la loi (article 209 du code de procédure) (*a*) exige que la dénégation de ces écrits soit accompagnée d'un cautionnement pour les frais de la preuve, et dans le cas des paragraphes 5 et 6 la dénégation de l'original déposé doit de plus être accompagnée d'un affidavit de la partie, énonçant qu'elle a des doutes et qu'elle ne croit pas que l'original en question a été signé par la personne ou exécuté de la manière y mentionnée. Tous les écrits mentionnés en l'article 1220 font preuve jusqu'à dénégation expresse et spéciale suivant les formalités indiquées.

Je dois ajouter, cependant, que s'il s'agit d'un jugement rendu hors de la province de Québec (art. 1220, § 1), la loi permet en certains cas d'opposer, dans une action fondée sur ce jugement, une défense qui aurait pu être opposée à l'action originaire, sans avoir recours à la dénégation du document suivant les formalités que la loi indique (*b*). Ce sont les articles 210, 211, 212 et 213 du code de procédure qui expliquent dans quels cas semblable défense peut ou ne peut pas être faite.

L'exemplification de jugement fera preuve *prima facie* des faits y énoncés, et de la loi qui y est appliquée comme étant la loi du pays dans lequel ce jugement est rendu: cour d'appel, *Bauron & Davies*, 3 R. de J., p. 360 (*c*). Le jugement rendu hors de la province ne peut avoir de force extra-territoriale, s'il n'a pas été prononcé par un tribunal qui avait juridiction pour le rendre: juge Wurtele, *Stacey* v. *Beaudin*, 9 L. N., p. 363; juge

(*a*) Voici le texte de cet article:

"209. La dénégation d'un document désigné dans l'article 1220 du "Code Civil, doit être accompagnée d'un cautionnement pour les frais de "la commission nécessaire pour faire la preuve de ce document.

"Dans les cas des §§ 5 et 6 du même article, la dénégation de l'original "déposé doit de plus être accompagnée d'un affidavit de la partie, énon- "çant qu'elle a des doutes et qu'elle ne croit pas que l'original en ques- "tion a été signé par la personne ou exécuté de la manière y mentionnée. "Il est alors du devoir de la partie qui veut faire usage de la copie pro- "duite d'en prouver l'original, et, à cette fin, sur l'ordre d'un juge, la "partie qui a la garde de l'original est tenue de le déposer au greffe du "tribunal, dans la cause où l'authenticité en est contestée: et le proto- "notaire est tenu de lui en remettre une copie par lui certifiée, aux frais "du contestant.

"L'original, dont l'authenticité est niée comme susdit, peut-être an- "nexé à la commission requise pour en faire la preuve."

(*b*) Une simple dénégation du jugement rendu et des faits y contenus serait nulle et non avenue: juge Jetté, *Dunbar* v. *Almour*, M. L. R., 3 S. C., p. 142.

(*c*) Cette cause est également rapportée, R. J. Q, 6 B. R., p. 547.

Mailhiot, *Bank of Montreal* v. *O'Hagan*, 13 L. N., p. 202; cour de revision, *Kerr* v. *Lanthier*, 19 R. L., p. 170. L'exemplification doit démontrer que le défendeur a été dûment assigné et condamné (cour de revision, *May* v. *Ritchie*, 16 L. C. J., p. 81) et quelle était la cause d'action (cour de revision, même cause, et juge Torrance, *Holmes* v. *Cassils*, 21 L. C. J., p. 28). Le demandeur qui poursuit sur un jugement rendu hors de la province devra prouver l'identité du défendeur: cour de revision, *Bentley* v. *Stock*, M. L. R., 4 S. C., p. 383; juge Ouimet, *Marquette* v. *Smith*, R. J. Q., 5 C. S., p. 376.

Les certificats et extraits mentionnés au paragraphe 4 de l'article 1220 doivent être signés par les personnes y indiquées. Ainsi un affidavit assermenté devant un notaire étranger et affirmant le décès d'une personne hors de la province, ne pourrait pas servir de preuve et tenir lieu du certificat ou extrait requis par la loi: cour d'appel, *Quinn* & *Dumas*, 23 L. C. J., p. 182. Mais il a été jugé dans une cause de *Dechesne* v. *Beaulieu*, R. J. Q., 6 C. S., p. 9, Cimon, J., qu'un certificat de sépulture signé à l'étranger par le bedeau (*sexton*) était suffisant pour établir le décès. Lorsque le mariage ou le décès ont eu lieu dans un endroit où il n'y avait ni registres de l'état civil, ni ministre ou prêtre, enfin lorsqu'il est impossible d'avoir le certificat que la loi requiert, le mariage, ou le décès, pourra être établi par preuve verbale: cour d'appel, *Cutting* & *Jordan*, 10 R. L., p. 401; même cour, et cour suprême, *Fraser* & *Pouliot*, 13 R. L., p. 520, et 4 *Supreme Court Repts*. p. 515.

La procuration mentionnée au paragraphe 5 de l'article 1220 doit, pour faire preuve en cette province, avoir été authentiquée par le maire ou autre officier public (*a*) de l'endroit d'où elle est datée, et elle doit être ensuite déposée chez un notaire de cette province, pour qu'il en soit délivré des copies: juge Jetté, *Duguay* v. *La Banque Jacques-Cartier*, R. J. Q., 4 C. S., p. 198. D'après ce dernier jugement, la production de l'original même de la procuration ne serait pas une preuve régulière.

Le paragraphe 7, ajouté par amendement à l'article 1220, contient une disposition nouvelle donnant force probante aux copies, délivrées par un notaire dans la province, de tous les écrits mentionnés en l'article 1220, qui ont été préalablement déposés chez ce notaire. Cette disposition ne s'applique qu'aux

---

(*a*) Par exemple, le greffier d'une cour ayant juridiction dans l'endroit où la procuration a été faite: cour de revision, *Marston* v. *Pelletier*, 14 R. L., p. 251, et 29 L. C. J., p. 335.

écrits faits à l'étranger et mentionnés dans l'article, car il est bien entendu que le dépôt chez un notaire d'un acte sous seing privé fait dans cette province n'aurait pour but que de conserver cet écrit et ne donnerait pas aux copies qu'en dresserait le notaire un caractère d'authenticité, mais cet écrit devrait être prouvé comme les autres écrits sous seing privé: cour de revision, *Guérin* v. *Craig*, R. J. Q., 2 C. S., p. 167.

§ IV. — *Des écritures privées* (*a*).

Il est question dans ce paragraphe de tous les écrits qui ne sont pas authentiques, même de ceux qui ont été dressés dans le but d'en faire un acte authentique, mais qui, à raison de quelque informalité ou de l'incompétence de l'officier qui les a reçus, sont privés d'authenticité. La rubrique de ce chapitre comprend, du reste, non seulement l'acte sous seing privé, c'est-à-dire celui que les parties ont signé, mais encore les écrits, signés ou non, qui n'ont pas le caractère d'acte, comme les registres et papiers domestiques.

I. — Des actes sous seing privé.

I. Définition et conditions de forme. — Le code n'a pas défini l'acte sous seing privé, mais je puis dire que c'est l'écrit ou même l'imprimé qui porte la signature d'une ou de plusieurs personnes. Il tire son nom du fait que l'écrit porte uniquement la signature de personnes privées, tandis que l'acte authentique est dressé par un officier public et signé par lui en même temps que par les parties à l'acte.

Sauf le cas des testaments olographes (art. 850), il n'est pas nécessaire que l'acte sous seing privé soit écrit par la partie ou par l'une des parties; comme je l'ai dit, le corps de l'acte peut être écrit par une main étrangère, ou même imprimé ou clavigraphié.

Et quant à la signature, bien qu'en principe elle doive être celle de la partie elle-même, cette partie peut être liée par la signature apposée d'après ses instructions par un tiers (*b*), ou

---

(*a*) Cette rubrique, empruntée de Pothier, vaut mieux que celle du paragraphe correspondant du code Napoléon, *De l'acte sous seing privé*.

(*b*) Mais le tiers ne pourra lier la partie pour laquelle il signe que conformément aux instructions reçues d'elle. — Ainsi un reçu final donné par un employé qui n'a que le pouvoir de recevoir les deniers payés ne fera pas preuve complète: cour d'appel, *Munroe* & *Heggins*, 2 R. de L., p. 279.

même, dans le cas de personnes illettrées ou qui ne peuvent signer, par sa croix apposée à l'acte en présence d'un témoin qui signe.

Il en est autrement en France. La personne illettrée, ou celle qu'une infirmité empêche de signer, ne peut contracter par écrit que devant un notaire. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1191.

Nous avons, au contraire, suivi la pratique anglaise, qui reconnaît la validité de la signature au moyen d'une croix ou même de la signature apposée par un tiers d'après les instructions de la partie. Voy. l'art. 851, quant aux testaments, et le juge Langelier, n° 421.

Notre jurisprudence est ce sens. Cependant, quelques arrêts font une distinction entre les écrits signés par la partie elle-même et ceux qui ne portent que sa croix, avec l'attestation d'un témoin, et, tout en reconnaissant la validité de la signature au moyen d'une croix, exigent qu'elle soit prouvée, de sorte que la présomption établie par l'art. 1223 serait étrangère à ces signatures. Cette thèse a été développée avec beaucoup de talent par le juge Davidson dans la cause de *Trudeau* v. *Vincent*, R. J. Q., 1 C. S., p. 231, et elle me paraît fondée en raison.

Voici du reste la jurisprudence sur cette question.

L'écrit signé d'une croix en présence de témoins est valable et peut être prouvé par les témoins: cour d'appel, *Querret* dit *Latulippe* & *Bernard*, 1 D. C. A., p. 69 (*a*). Mais un tel écrit ne constitue qu'un commencement de preuve par écrit, et ne fait preuve entre les parties qu'à condition que son exécution soit prouvée: juge Davidson, *Trudeau* v. *Vincent*, R. J. Q., 1 C. S., p. 231: juge Wurtele, *Fiset* v. *Pilon*, 9 L. N., p. 380; même juge, *Banque Nationale* v. *Charrette*, 10 L. N., p. 85; juge Andrews, *Rémillard* v. *Moisan*, R. J. Q., 15 C. S., p. 622.

Cependant, la cour de revision, dans une cause de *Giguère* v. *Brault*, R. J. Q., 6 C. S., p. 53, semble avoir considéré que pour rejeter le poids de la preuve d'une telle signature sur le demandeur, il fallait que le défendeur accompagnât son plaidoyer de la dénégation assermentée requise par le code de procédure. Enfin, le juge Casault, dans une cause de *Straas* v. *Gilbert*, 15 Q. L. R., p. 59, a exprimé l'opinion que les écrits signés d'une croix sont quant à la preuve soumis aux mêmes rè-

---

(*a*) C'est aussi ce que la même cour a jugé dans la cause de *Nevin* & *De Bleury*, 12 L. C. R., p. 117; et ce que le juge Beaudry a décidé dans *Blackburn* v. *Decelles*, 15 L. C. J., p. 260. Voy. *contra*, juge Mathieu. *Ouimet* v. *Migneron*, 20 R. L., p. 357.

gles que les autres écrits sous seing privé, mais que la présomption établie par l'article 1223 C. C., ne s'applique pas aux billets, et qu'en conséquence la signature au moyen d'une croix sur un billet doit par exception être prouvée, même en l'absence d'une négation assermentée.

Un acte qu'on a voulu dresser comme acte authentique peut valoir comme acte sous seing privé lorsqu'à raison de l'inobservation de quelque formalité ou de l'incompétence de l'officier qui l'a reçu, il est sans effet comme acte authentique. C'est la disposition de l'article 1221, qui se lit comme suit: —

1221. " L'acte qui n'est pas authentique à cause de quelque " défaut de forme, ou de l'incompétence de l'officier qui le re- " çoit, sert comme acte sous seing privé, s'il est signé par toutes " les parties, sauf les dispositions contenues dans l'article " 895 (*a*)."

On enseigne, en France, que, pour que l'acte puisse servir d'acte sous seing privé, il faut de toute nécessité qu'il ait été reçu devant un officier public et que celui-ci ait signé l'acte (*b*). Le motif de cette rigueur c'est qu'en France, comme nous le verrons, les actes sous seing privé sont assujettis à certaines formes, et que s'il en est autrement de l'acte authentique, nul à raison de l'incompétence de l'officier public ou d'un vice de forme, c'est à cause de la garantie qu'offre l'intervention de cet officier. Nous n'avons rien de tel dans notre droit, et il me paraît indiscutable que soit que l'officier public ait ou non signé l'acte, soit que cet acte ait été reçu devant un individu qui a usurpé la qualité d'officier public, ou était incompétent à agir comme tel, l'acte vaudra comme acte sous seing privé s'il porte les signatures de toutes les parties.

Le cas des testaments est régi par des règles particulières. Nous avons vu à l'article 855 que le testament fait apparemment sous une forme et nul comme tel à cause de l'inobservation de quelque formalité, peut être valide comme fait sous une autre forme, s'il contient tout ce qu'exige cette dernière. Donc, un testament reçu devant un notaire incompétent, qui ne remplirait pas les conditions exigées pour la validité soit du testament olographe, soit du testament suivant la forme anglaise, ne constituerait pas même un acte sous seing privé, car il serait radicalement nul. Et l'article 895 que mentionne notre article 1221, n'est qu'une application de ce principe, car il dit que la révocation d'un testament faite dans un autre testament nul

---

(*a*) Moins la réserve qu'il comporte, notre article est copié sur l'art. 1318 du code Napoléon.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1182.

par défaut de forme est elle-même nulle. Evidemment, il est question ici d'un testament qui ne peut même bénéficier de la disposition de l'article 855.

Les actes sous seing privé ne sont assujettis dans notre droit à aucune condition de forme. Il en est autrement en France où les contrats synallagmatiques par acte sous seing privé doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (*a*), et chaque original doit contenir la mention du nombre d'originaux qui en ont été faits (art. 1325 C. N.). Et s'il s'agit d'un billet ou d'une promesse par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, ce billet ou cette promesse doit, règle générale, être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit, ou au moins porter écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose (art. 1326 C. N.). Nous n'avons rien de semblable dans notre droit.

J'ajoute cependant que l'article 1221 de notre code, ayant été fait pour protéger les parties contractantes, lorsque le notaire est incompétent, le notaire lui-même ne pourra s'en prévaloir, s'il a violé l'article 3640 S. R. P. Q., qui lui défend d'instrumenter lorsqu'il est lui-même l'une des parties contractantes (juge Doherty, *Cardinal* v. *Boileau*, R. J. Q., 11 C. S., p. 431).

Enfin, dans une cause de *Gauthier* v. *Rioux*, R. J. Q., 19 C. S., pp. 82 et 473, le juge White et la cour de revision ont fait une application de l'article 1221, déclarant valable comme écrit sous seing privé un acte notarié qui n'avait pas les qualités requises pour être authentique.

II. De la force probante de l'acte sous seing privé. — L'article 1222 dit que " les écritures privées reconnues par celui à qui " on les oppose, ou légalement tenues pour reconnues ou prou- " vées, font preuve entre ceux qui y sont parties, et entre leurs " héritiers et représentants légaux, de même que les actes au- " thentiques (*b*).

Cette disposition demande à être bien entendue, car nous verrons qu'on ne saurait la prendre au pied de la lettre. Il fait la distinction entre l'acte sous seing privé reconnu ou légale-

(*a*) Dans notre droit une convention sous seing privé entre deux parties ne serait pas nulle parce qu'elle n'aurait pas été faite en duplicata : cour supérieure, *Shaw* v. *McConnell*, 4 L. C. R., p. 176; juge Taschereau, *Lampson* v. *McConnell*, 14 L. C. R., p. 44.

(*b*) Cet article est au même effet que l'article 1322 du code Napoléon.

ment tenu pour reconnu ou prouvé et celui qui ne l'est pas. Il s'ensuit que jusqu'à telle reconnaissance ou preuve, l'acte sous seing privé est dénué de toute force probante.

Le système de la loi est très simple. On oppose, dans une procédure judiciaire, un acte sous seing privé à une partie en alléguant que cette partie a signé cet acte. Celle-ci peut ou bien reconnaître l'acte, ou bien le repousser, ou enfin garder le silence quant à la vérité de l'écrit. Si elle reconnaît l'acte ou si elle garde le silence, l'effet est le même. Dans le premier cas l'acte est reconnu, dans le second cas il est légalement tenu pour reconnu, et dans les deux cas le demandeur n'a pas à prouver l'écriture ou la signature de la partie à qui il l'oppose. Au contraire, si la partie dénie la signature ou l'écriture de l'acte — et la dénégation doit être formelle et accompagnée d'une déposition sous serment — c'est au demandeur à prouver l'écriture ou la signature (*a*), et s'il réussit dans cette preuve, l'acte est dit prouvé. Lorsqu'il y a eu reconnaissance formelle ou présumée de l'acte, ou bien lorsqu'il a été prouvé après dénégation régulière, cet acte fait preuve complète contre la partie adverse, ses héritiers ou ses représentants légaux.

Mais lorsque l'acte est opposé à l'héritier ou au représentant légal de la partie, celui-ci peut déclarer sous serment qu'il ne connaît pas l'écriture ou la signature de son auteur, et alors preuve doit en être faite. S'il ne fait pas cette déclaration, l'acte est tenu pour reconnu et acquiert pleine force probante (*b*).

C'est du reste la disposition de l'article 1223, qui se lit comme suit : —

1223. " Si la personne à laquelle on oppose un écrit d'une " nature privée ne désavoue pas formellement son écriture ou " sa signature, en la manière réglée par le code de procédure ci- " ville, cet écrit est tenu pour reconnu (*c*). Ses héritiers ou re-

---

(*a*) Ainsi lorsqu'une banque a payé un chèque dont la signature est niée par le déposant, c'est la banque qui est tenue de prouver l'authenticité de la signature: cour d'appel, *Clark & Exchange Bank of Canada*, 3 L. N., p. 45.

(*b*) Lorsqu'un acte de vente ainsi reconnu donne le détail des choses vendues, la cour ne pourra recourir à d'autres papiers ou à une preuve extrinsèque pour décider quelles sont les choses qui sont comprises dans la vente: juge Jetté, *Mullarky* v. *McDougall*, M. L. R., 4 S. C., p. 89.

(*c*) Ainsi un bail sous seing privé qui n'est pas nié suivant l'article 208 du code de procédure doit être tenu pour reconnu par celui auquel on l'oppose: juge Langelier, *Thurston* v. *Hughes*, R. J. Q., 16 C. S., p. 472.

" présentants légaux sont obligés seulement de déclarer sous " serment (*a*) qu'ils ne connaissent pas son écriture ou sa signa- " ture (*b*).

Donc, celui qui produit l'acte sous seing privé n'est tenu d'en faire la preuve que lorsqu'il y a eu dénégation par la partie à qui il l'oppose. Comment fera-t-il cette preuve? L'article 1224 répond que " dans le cas où la partie dénie son écriture ou sa

---

(*a*) Ces mots " sous serment " ont été ajoutés par le statut 60 Vic., ch. 50.

(*b*) Le code renvoie ici à l'article 208 du code de procédure civile, qui se lit comme suit:

" 208. La dénégation de la signature ou d'une partie importante d'une "lettre de change, d'un billet ou de tout autre écrit ou document sous " seing privé sur lequel est basée une demande, ou de l'accomplissement " des formalités requises par la loi pour rendre ce document valable, doit " être accompagnée d'un affidavit attestant la vérité des faits allégués.

" Dans les cas ci-dessus, la déclaration que peuvent faire les héritiers " ou représentants légaux d'un signataire, faiseur, ou endosseur, qu'ils ne " connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur doit également " être sous serment.

" La défense fondée sur le défaut de présentation d'une lettre de change " ou d'un billet au lieu indiqué, doit être accompagnée d'un affidavit " attestant qu'à l'époque de l'échéance il y avait provision au lieu indi- " qué; sinon la présentation à l'échéance au lieu indiqué est présumée à " l'encontre du faiseur et de l'accepteur. "

J'ai déjà parlé plus haut (p. 41) d'une cause de *Straas* v. *Gilbert*, jugée par le juge en chef Casault (15 Q. L. R., p. 59), qui a dans cette cause exprimé l'opinion que les règles de la preuve énoncées dans la partie du code civil que nous étudions présentement ne s'appliquaient pas aux actions sur lettres de change ou billets promissoires, pour lesquels il n'y a pas d'autres règles dans le code civil que celles énoncées aux articles 2241 et 2242, auxquels s'ajoutait l'article 145 de l'ancien code de procédure (maintenant article 208). Le savant juge ajoute cependant que la règle qui veut qu'en l'absence d'une déposition assermentée niant les signatures sur un billet elles soient prises pour admises, a été conservée par une jurisprudence uniforme et constante dans la province depuis la mise en force du code civil, et que l'intérêt public exige qu'elle ne soit pas changée.

Qu'il y ait affidavit ou non, c'est toujours au défendeur qu'il incombe de prouver le défaut de considération d'un billet: juge Gagné, *Maltais* v. *Dufour*, 2 R. de J., p. 315; juge Caron, *Côté* v. *Bergeron*, R. J. Q., 3 C. S., p. 476. Lorsqu'on plaide simplement défaut de considération, sans nier la signature, l'affidavit n'est pas nécessaire: juge Routhier, *Dombroski* v. *Alain*, 1 Rapports de Pratique, p. 476; juge Tait, *Vallières* v. *Baxter*, R. J. Q., 7 C. S., p. 286 (confirmé en revision); même juge, *Sanford Manfg. Co.* v. *McLaren*, R. J. Q., 4 C. S., p. 467; juge Berthelot, *McCarthy* v. *Barthe*, 6 L. C. J., p. 130. Cependant le juge Taschereau, dans la cause de *Keily* v. *O'Connell*, 16 L. C. R., p. 140, a jugé que l'affidavit, dans ce cas, était requis, et le juge Mathieu dans la cause de *Baxter* v. *Bruneau*, 17 R. L., p. 359, et dans la cause de *De Grandmaison* v. *Drolet*, R. J. Q., 4 C. S., p. 86, a jugé que l'affidavit n'était nécessaire que pour rejeter la preuve sur le demandeur.

“ signature, ou dans le cas où ses héritiers et représentants lé-“ gaux déclarent ne les point connaître, la vérification en est “ faite en la manière prescrite au code de procédure civile.”

Par malheur il n’y a rien dans le code de procédure quant à la vérification d’écritures. L’ordonnance de 1667 en avait une disposition formelle, mais, dit le juge Bossé (*a*), cette disposition n’a jamais été suivie dans cette province et l’article 1224 est resté sans application possible.

Mais comment prouvera-t-on alors la signature ou l’écriture de la partie? Le juge Langelier (*b*) dit que si l’écrit est l’un de ceux qui doivent être signés devant témoin, la preuve de la signature pourra être faite par le témoin instrumentaire; que s’il s’agit d’un autre genre d’écrit, on prouvera la signature par un témoin qui a vu signer la partie, ou par des témoins qui connaissent son écriture, ou enfin par la comparaison de la signature ou écriture niée avec une signature ou écriture qui est avérée être celle de la partie (*c*).

Mais si on n’a pas la ressource de pouvoir comparer la signature niée avec une signature reconnue par la partie, le tribunal peut-il forcer celle-ci d’écrire afin de rendre possible la comparaison d’écritures?

Je crois que oui. C’est le moyen le plus naturel de s’assurer si la partie dit vrai quand elle prétend qu’elle n’a pas signé l’écrit produit contre elle. Tel paraît être l’avis des auteurs modernes (*d*).

Lorsque l’acte a été reconnu ou est légalement tenu pour tel, ou lorsqu’il a été prouvé, il ne peut plus être contesté (*e*) par la partie à qui on l’oppose. En ce sens, il a une plus grande

---

(*a*) Dans la cause de *Lamarche & Brunelle*, R. J. Q., 3 B. R., pp. 81. 82.

(*b*) Preuve, nos 432 et suiv.

(*c*) Dans la cause de *Paige* v. *Ponton* (26 L. C. J., p. 155), la cour d’appel a jugé qu’une telle comparaison n’était pas suffisante par elle-même pour prouver l’authenticité de la signature.

(*d*) Phipson, *Law of Evidence*, p. 99; Langelier, n° 424. On paraît admettre ce principe en France. Voy. Pandectes françaises, v° *Comparaison d’écritures*, n° 132.

(*e*) Sauf, bien entendu, le cas d’erreur, de dol, et généralement les cas où l’on peut recourir contre les jugements. Sans contester l’écrit lui-même, il sera permis quelquefois de produire une preuve tendant à l’expliquer. Ainsi lorsque le débiteur produit des reçus pour tout le montant de la dette il sera permis d’établir que ces reçus font double et triple emploi des sommes payées: cour d’appel, *Grogan & Doolan*, 19 R. L., p. 396.

force probante que l'acte authentique, puisqu'on ne saurait le contredire par voie d'inscription de faux (*a*).

Il a été jusqu'ici question de la force probante de l'acte sous seing privé entre les parties. Il nous reste à voir si cet acte fait preuve à l'encontre des tiers. Et par tiers j'entends ceux qui n'ont été ni parties, ni représentés à l'acte, et qui ne sont pas les héritiers ou représentants légaux des parties.

Sous un article identique, quant au point qui nous occupe, à notre article 1222, on enseigne, en France, qu'à la réserve de la date, l'acte sous seing privé reconnu a, envers les tiers, la même force probante que l'acte authentique (*b*).

Tel était également l'avis de Pothier. Il dit que les actes sous signature privée, de même que les authentiques, ne font pas foi contre les tiers, sinon que la chose contenue dans l'acte s'est effectivement passée; *probant rem ipsam*. Et il ajoute qu'ils diffèrent de l'acte authentique en ce que celui-ci fait foi de sa date, tandis qu'il en est autrement des actes sous seing privé (*c*).

Le juge Langelier (*d*) soutient la thèse contraire. Suivant lui, c'est la même question que celle qui se présente quant aux énonciations dans un acte authentique que l'officier public n'a pas constatées de lui-même, mais n'y a insérées que sur la déclaration des parties. La plupart des auteurs — et je les ai suivis — disent que ces énonciations font preuve contre les tiers jusqu'à preuve contraire, mais le savant juge n'admet pas cette doctrine (*e*). Il arrive donc logiquement à la conclusion que l'acte sous seing privé ne fait pas preuve de son contenu à l'égard des tiers, car, dit-il, ce n'est qu'un ouï-dire.

Je crois, qu'abstraction faite de sa date, l'acte sous seing privé dûment reconnu constitue une preuve contre les tiers, sauf à ceux-ci à prouver le contraire ou même à attaquer l'acte comme faux. Ainsi, pour emprunter l'un des exemples du juge Langelier, dans le cas de la saisie d'un cheval suivie d'une opposition fondée sur un acte de vente sous seing privé ayant

(*a*) Voy. la décision de la cour d'appel dans la cause de *Lamarche & Brunelle*, R. J. Q., 3 B. R., p. 74. La partie poursuivie sur un écrit sous seing privé ne pourra, après avoir contesté l'action au mérite, revenir sur sa contestation et nier sa signature: cour d'appel, *Déry & Hamel*, 7 L. N., p. 405.

(*b*) Fuzier-Herman, sur l'art. 1322 C. N., n° 45.

(*c*) *Obligations*, n° 749.

(*d*) *Preuve*, n° 438.

(*e*) Ibid., n° 380.

date certaine, je crois que l'acheteur peut opposer au saisissant l'acte sous seing privé à la condition d'en prouver les signatures, c'est-à-dire de le faire reconnaître par les signataires. En d'autres termes, la convention constatée par un acte sous seing privé reconnu par ceux qui l'ont signé, est prouvée avoir été faite, si l'acte a une date certaine, non seulement vis-à-vis des parties, mais même à l'égard des tiers. Si l'acte était authentique, le certificat de l'officier public prouverait les signatures des parties, jusqu'à inscription de faux. Mais comme pareil certificat manque à l'acte sous seing privé, il faut faire la preuve de ces signatures. Dès ce moment, et sous la réserve de la question de la date, l'acte sous seing privé fait la même preuve que l'acte authentique. En effet la force probante est indivisible, et l'acte vrai à l'égard des parties doit être vrai à l'égard de tout le monde. Il ne s'agit après tout que de savoir ce que les parties ont stipulé, et quand elles reconnaissent avoir signé la convention produite, il est évident que cette convention — qui est un fait — doit être tenue pour prouvée. Les tiers, comme les parties elles-mêmes, peuvent attaquer la sincérité de l'acte, en prouver la simulation, mais cette question est étrangère à celle de la force probante (*a*).

II. — Des écritures privées qui n'ont pas le caractère d'actes.

La plupart des règles que j'ai posées s'appliquent *mutandis mutatis* aux écritures privées qui n'ont pas le caractère d'acte. Il faut, cependant, se rappeler que le plus souvent ces écrits ne constatent que des aveux de la partie d'où elles émanent, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'on y trouvra la preuve d'une convention synallagmatique. Le code a précisé certaines espèces dont nous allons nous occuper.

I. Des registres et papiers domestiques. — Par *registre* on entend un cahier dans lequel une personne inscrit des choses qui l'intéressent, comme les entrées qu'un commerçant fait de ses affaires et plus spécialement de ses achats et ventes et des paiements qu'on lui fait. Le mot *papiers domestiques* a une grande

---

(*a*) Je crois que les articles qui régissent l'enregistrement des actes sous seing privé font voir que lorsque ces actes sont reconnus par les parties ou que la signature des parties est prouvée, ils font preuve à l'égard des tiers. Voy. les art. 2134, 2140. Voy. aussi l'art. 1155 qui donne, non seulement force probante, mais effet même, vis-à-vis des tiers, à un acte sous seing privé comportant subrogation.

extension. Il comprend les écritures, signées ou non, faites soit sur des feuilles volantes, soit sur des feuilles réunies ou reliées ensemble, qu'une personne rédige pour fixer le souvenir des faits juridiques ou même des événements quelconques de sa vie privée.

En France, les marchands sont obligés de tenir trois livres, le livre-journal, le livre des copies de lettres et le livre des inventaires. Ces livres, lorsqu'ils sont régulièrement tenus, font preuve entre commerçants des faits de commerce qu'ils énoncent, et, à l'égard des non-commerçants, ils font un commencement de preuve par écrit qui permet au juge de déférer à l'une ou à l'autre des parties le serment supplétoire (*a*).

Nous n'avons rien de tel dans notre droit. Les marchands ne peuvent en aucun cas prouver leurs réclamations par les entrées dans leurs livres (*b*). Si la matière est susceptible de preuve testimoniale — et elle l'est en principe, et sauf les exceptions de l'article 1235, en matière commerciale — le marchand pourra prouver son compte par son propre serment, s'il a eu une connaissance personnelle des ventes, mais il ne pourra pas, suivant l'expression populaire, jurer d'après ses livres.

Pour revenir aux registres et papiers domestiques, et j'y comprends les livres des marchands, ils ne peuvent jamais être invoqués par celui qui les a écrits, mais ils peuvent servir de preuve contre lui (*c*) dans les cas que mentionne l'article 1227, en ces termes: —

1227. " Les registres et papiers domestiques ne font point " foi en faveur de celui qui les a écrits. Ils font preuve contre " lui:

" 1° Dans tous les cas où ils énoncent formellement un paie- " ment reçu;

" 2° Lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note " est faite pour suppléer au défaut de titre en faveur de celui " au profit duquel ils énoncent une obligation (*d*)."

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1229.

(*b*) Ces entrées ne constituent tout au plus en leur faveur qu'une demi-preuve qui doit être complétée par une autre preuve plus concluante: juge Archibald, *Garth* v. *The Montreal Park and Island Ry. Co.*, R. J. Q., 18 C. S., p. 463.

(*c*) Particulièrement après la mort du créancier: cour suprême, *Darling* & *Brown*, 2 *Supreme Court Repts*, p. 26, et 21 L. C. J., p. 169.

(*d*) C'est la copie de l'art. 1331 C. N.

La présomption résultant de la note d'un prêt dans les livres d'une société peut être repoussée par une preuve contraire tendant à démontrer que cette entrée était erronée et a été ensuite rectifiée, et que le prêt

Si l'indication des livres ou papiers domestiques était moins formelle, moins expresse, elle ne servirait que de commencement de preuve par écrit. Quand les conditions de l'article 1227 ont été observées, l'entrée sert de preuve complète.

En effet, le débiteur qui paie sa dette ne se soucie pas de biffer l'entrée qu'il en avait faite pour mémoire, mais si cette entrée contenait la mention expresse de l'article 1227, il n'est pas à présumer que le débiteur la laisserait dans ses livres après avoir remboursé la somme, pas plus qu'il ne permettrait au créancier de conserver le billet signé par lui lors du prêt.

Mais on ne peut diviser les entrées des livres de manière à prendre avantage d'une partie et à repousser ce qui est contraire à sa prétention (*a*). Le code Napoléon en a une disposition expresse (l'art. 1330), que notre code n'avait pas besoin d'énoncer, car ce n'est que l'application du principe de l'indivisibilité de l'aveu dont je parlerai plus loin.

Donc le fait qu'on aurait trouvé dans les papiers du créancier une quittance signée par lui, ne prouvera pas le paiement; au contraire, la quittance étant restée entre les mains du créancier, il est clair que la dette ne lui a pas été payée. De même, l'entrée que ferait le débiteur d'un emprunt qu'il avait effectué ne prouvera pas cet emprunt, à moins qu'il ne soit dit expressément que la note est faite pour servir de titre au créancier.

Bien entendu ces entrées peuvent être divisées dans les cas où l'aveu peut l'être lui-même.

II. Mentions libératoires inscrites sur un titre.

L'article 1228 règle cette matière en ces termes: —

1228. " L'écriture mise par le créancier au dos ou sur aucune " autre partie d'un titre qui est toujours resté en sa possession, " quoique non signée ni datée par lui, fait preuve contre lui lors- " qu'elle tend à établir la libération du débiteur.

---

avait été fait à l'un des associés personnellement: cour d'appel, *Caldwell & Shaw*. M. L. R., 4 Q. B., p. 246, et cour suprême, même cause, 12 L. N., p. 221.

L'erreur dans un compte donné au débiteur par le créancier pourra être prouvée et rectifiée d'après les livres du créancier, surtout si le créancier s'est réservé ce droit: juge Taschereau, *Montreal Brewing Co.* v. *Jones*, R. J. Q., 6 C. S., p. 422.

(*a*) Voy. en ce sens les décisions suivantes: cour d'appel, *Bilodeau & Lemieux*, 19 R. L., p. 370, confirmant le jugement de la cour de revision, 13 Q. L. R., p. 181; cour d'appel, *Paré & Paré*, R. J. Q., 2 B. R., p. 489 (jugement infirmé en cour suprême, mais pour d'autres motifs, 23 *Supreme Court Repts*, p. 243).

"Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos "ou sur quelqu'autre partie du double d'un titre ou d'une quit- "tance, pourvu que ce double soit entre les mains du débi- "teur (*a*).

L'article 1228 suppose deux cas: 1° le titre étant toujours resté aux mains du créancier, celui-ci a écrit lui-même la mention libératoire sur ce titre; 2° le créancier a écrit lui-même cette mention sur un document qui de sa nature doit être entre les mains du débiteur, tel qu'un double du contrat ou une quittance. Dans chaque cas l'écriture doit être celle du créancier lui-même, et alors il importe peu que la mention soit signée ou datée. Dans le premier cas, le titre doit être toujours resté en la possession du créancier; dans le second, il doit être en celle du débiteur (*b*). Si le titre unique était en la possession d'un tiers, on peut supposer que la mention libératoire, même signée par le créancier, a été écrite en vue d'un recouvrement dont le tiers était chargé. Et la même raison enlèverait la force probante à une semblable mention écrite par le créancier sur un double du titre trouvé entre les mains d'un tiers.

L'article 1229 ajoute que "nul endossement ou mémoire "d'un paiement écrit sur un billet promissoire, lettre de chan- "ge ou autre écrit par celui à qui tel paiement a été fait, ou "de sa part, n'est reçu comme preuve de tel paiement, de ma- "nière à soustraire la dette à l'effet de la loi relative à la pres- "cription des actions."

Cette disposition n'était pas nécessaire, puisque nul ne peut faire preuve en sa faveur par un écrit fait par lui. Or, dans l'espèce, on présume que le créancier prétend que la prescription a été interrompue par le paiement, et la preuve de ce paiement lui incombe. Du reste, dans les matières commerciales, telle preuve ne peut être faite que par un écrit signé par le débiteur (art. 1235) (*c*), ou — car c'est ainsi que j'interprète l'article 1235 — par l'aveu de ce débiteur.

(*a*) C'est en substance la disposition de l'article 1332 C. N.

(*b*) La cour d'appel, dans la cause de *Starr* & *Brunet*, R. J. Q., 4 B. R., p. 475, a jugé qu'un document trop incomplet par lui-même pour faire preuve du contrat, mais livré par l'entrepreneur à l'autre partie après que l'entrepreneur y eût inséré le prix de l'entreprise, pouvait servir à prouver le prix de l'entreprise.

(*c*) L'entrée, sur le dos d'un billet, d'un paiement partiel, devrait, pour valoir comme reconnaissance et pour interrompre la prescription, être signée par le débiteur: juge Stuart, *Caron* v. *Cloutier*, 3 Q. L. R., p. 230.

III. — DE LA PREUVE DE LA DATE DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ OU DES ÉCRITURES QUI N'ONT PAS LE CARACTÈRE D'ACTES.

J'ai réservé cette question quand j'ai parlé de la force probante de l'acte sous seing privé à l'égard des tiers. En effet, l'acte dûment reconnu par ceux qui l'ont souscrit prouve son contenu, sauf la date. Le législateur a compris qu'il est bien plus facile de simuler la date d'un acte que la convention même que cet acte renferme, et pour cette raison il a décrété que l'écriture privée ne ferait pas preuve de sa date contre les tiers, à moins que cette date ne soit devenue certaine ou qu'elle ne soit prouvée légalement. C'est la disposition de l'article 1225, qui se lit ainsi qu'il suit: —

1225. "Les écritures privées n'ont de date contre les tiers "que du jour où elles ont été enregistrées, ou du jour de la "mort de l'une des parties ou de l'un des témoins qui les ont "souscrites, ou du jour où leur substance est constatée dans "un acte authentique.

"La date peut néanmoins en être établie contre les tiers par "une preuve légale (*a*)."

Il ne s'agit ici que des tiers. Entre les parties et leurs héritiers et ayants cause, l'acte sous seing privé dûment reconnu ou prouvé, fait pleine foi de sa date comme de la convention qu'il énonce. A l'égard des tiers, il fait foi, je l'ai dit, de son contenu, sauf leur droit de l'attaquer comme simulé, mais, en principe, il ne fait pas foi de sa date.

Mais que faut-il entendre par *tiers?* Je crois que c'est toute personne, pour citer le langage de l'article 1222, qui n'est ni la partie elle-même, ni son héritier ou représentant légal (*b*). Pour préciser davantage, je dirai, avec M. Baudry-Lacantinerie (*c*), que les tiers en faveur desquels la disposition de l'article 1225 a été écrite, sont les ayants cause à titre particu-

---

(*a*) Le premier alinéa de notre article reproduit assez fidèlement l'article 1328 du code Napoléon; le second alinéa, au contraire, ne se trouve pas à l'article 1328, et d'après l'opinion générale en France—mais il y a des dissidents—on ne peut, en matière civile, prouver contre les tiers la date d'un acte sous seing privé que par les moyens que cet article indique limitativement. Voy. Fuzier-Herman, sur l'art. 1328, nos 143 et suiv., 154 et suiv.

(*b*) La cour d'appel, dans la cause de *Prévost* & *Mélançon*, 23 L. C. J., p. 166, a jugé que le débiteur pouvait opposer au syndic de la faillite de son créancier, sans prouver sa date, une remise sous seing privé signée par le créancier.

(*c*) *Précis*, t. 2, n° 1221.

lier, à qui on oppose un acte sous seing privé émané de leur auteur, acte auquel ils n'ont pas figuré et qui tend à détruire ou à altérer les droits qu'ils tiennent de lui. Ainsi l'acquéreur à titre particulier, le cessionnaire et le créancier du débiteur qui a pratiqué une saisie-arrêt, sont des tiers protégés par l'article 1225 (*a*).

Quand l'acte a date certaine, la partie qui le produit est dispensée de prouver cette date, laquelle ne peut être contredite, sans alléguer un faux.

Dans les autres cas il faut prouver la date.

√ L'acte sous seing privé a date certaine dans trois cas: —

1° Lorsqu'il a été enregistré;

2° Lorsque l'une des parties ou l'un des témoins signataires est décédé;

3° Lorsque sa substance est constatée dans un acte authentique.

L'enregistrement est le mode régulier de rendre la date certaine, et la certitude qui en résulte semble irréfragable, à moins de supposer un régistrateur faussaire et un ensemble de circonstances presque irréalisable.

Le décès de l'un des signataires est également un moyen péremptoire d'établir que l'acte a été fait avant ce décès; la partie adverse ne pourrait le combattre qu'en prouvant que la prétendue signature est un faux.

Il faudrait également s'inscrire en faux contre l'acte authentique qui constate la substance d'un acte sous seing privé, si on voulait contester l'existence de cet acte lors de la passation de l'acte authentique, à moins toutefois de faire voir qu'il s'agit d'un autre acte que celui qu'on représente. Pour éviter toute erreur, le législateur exige que la substance même de l'acte sous seing privé soit constatée à l'acte authentique. Il ne suffirait donc pas d'une mention sommaire qui n'identifierait pas l'acte.

Quid, si la substance de l'acte sous seing privé était constatée, dans un autre acte sous seing privé qui avait acquis date certaine? On décide, en France, que cela ne suffit pas pour donner date certaine à l'acte dont la substance est ainsi relatée (*b*).

(*a*) Quand il s'agit de conventions assujetties à l'enregistrement, celui qui a priorité d'enregistrement n'a pas besoin de se préoccuper de la date de l'acte qu'on lui oppose. Mais si les deux actes n'ont pas été enregistrés ou si la convention ne devait pas l'être, l'art. 1225 recevra son application.

(*b*) Huc t. 8. n° 254.

Cette décision est logique puisque l'énumération de l'article 1328 C. N. est regardée comme limitative, et partant tout ce que cet article ne mentionne pas est censé exclu. Mais je ne crois pas qu'on puisse la suivre ici, pour des raisons que je vais exposer immédiatement en cherchant la solution d'une autre difficulté.

L'énumération de notre article est-elle limitative?

J'ai dit qu'en France la réponse à cette question est en général affirmative, sauf quelques dissidences. Il n'en peut être de même dans notre droit, car le législateur permet de prouver par une preuve légale la date de l'acte, quand les circonstances que j'ai mentionnées ne se rencontrent pas. J'ajouterai que Pothier (*a*) qui a été l'inspirateur de l'article 1328 du code Napoléon comme de notre article 1225, ne prétend faire aucune énumération limitative, et, de fait, il ne mentionne, comme donnant date certaine à l'acte, qu'une seule de ces circonstances, le décès de quelqu'une des parties qui l'ont souscrit.

Donc, d'autres circonstances que celles que mentionne l'article 1225, rendront certaine la date d'un acte: ainsi l'un de ceux qui l'ont souscrit a eu les deux bras amputés à telle date, ou bien, il a été absent du pays depuis tant d'années, et il est constant que l'acte a été signé ici et n'a jamais été déplacé; il est évident que l'on ne peut supposer que l'acte a été fait après ces dates, et partant il doit être antérieur à l'amputation ou au départ du pays. Il est superflu d'ajouter que les circonstances que ne mentionne pas notre article, mais qui peuvent rendre certaine la date d'un acte, devront être laissées à l'arbitrage du juge (*b*).

On a soulevé, en France, la question de savoir si l'article 1328 C. N. s'applique aux lettres missives, et on enseigne l'affirmative quant à celles qui, écrites pour constater un fait juridique, ont le caractère d'actes (*c*). La difficulté provient du fait que l'article 1328 ne mentionne que l'acte sous seing privé. L'expression de notre article 1225 " écritures privées " a beau-

---

(*a*) *Obligations*, n° 749.

(*b*) Voy. la cause de *Eastern Townships Bank & Bishop*, jugée par la cour d'appel (M. L. R., 5 Q. B., p. 216, et 17 R. L., p. 161) dans laquelle la date d'un acte sous seing privé a été considérée comme prouvée par différentes circonstances, entr'autres le fait que l'un des signataires avait, depuis l'acte, perdu sa main droite.

(*c*) Comp. Huc, t. 8, n° 256.

coup plus d'extension et comprendrait toutes les lettres missives qui peuvent servir de preuve en matière civile (*a*).

Quant aux quittances, M. Huc (n° 256) atteste que les auteurs et la jurisprudence décident — mais cette décision est critiquée par quelques auteurs — que l'article 1328 C. N. ne leur est pas applicable et qu'elles doivent faire foi par elles-mêmes de leur date à l'égard des tiers. Des motifs d'équité et d'utilité pratique, et la crainte de jeter la perturbation dans les habitudes de la vie civile, en imposant l'obligation de soumettre à l'enregistrement des actes si fréquents et dont l'importance est souvent si minime, ont fait accueillir cette solution, difficile à justifier peut-être au point de vue des principes, mais qui, au fond, ne consiste qu'à chercher, dans les circonstances du fait, et notamment en faisant intervenir l'idée de fraude, un moyen de se prononcer directement et en dehors des conditions de l'article 1328, sur la sincérité et la date de la quittance contestée (*b*).

Quoi qu'il en soit de toutes ces solutions, une ressource reste à celui qui produit un acte sous seing privé qui n'a pas acquis date certaine, c'est d'en établir la date "par une preuve légale," et en cela, je l'ai dit, notre droit diffère du droit français moderne. Il ne me reste, mais le point est très délicat, qu'à déterminer le sens de cette expression "preuve légale."

Rapprochons d'abord l'article 1225 d'une autre disposition du code où il est également question d'actes sous seing privé qui ont ou n'ont pas acquis date certaine. C'est l'article 1281, dont le premier alinéa porte que "la communauté n'est pas "tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage, par "la femme, qu'autant qu'elles sont constatées par acte authen- "tique antérieur au mariage, ou ayant acquis avant la même

(*a*) En principe, une lettre confidentielle ne peut être produite en justice sans le consentement de son auteur, mais cette règle comporte certaines exceptions à raison soit de la nature de l'affaire ou du moyen plus ou moins licite auquel on a eu recours pour obtenir la possession de la lettre. Comp. Huc, n° 256 *bis*.

(*b*) Fuzier-Herman, sur l'art. 1328, n° 62. Voy. aussi M. Baudry-Lacantinerie, n° 1222.

Ce dernier auteur fait remarquer que ce tempérament admis pour les quittances, c'est-à-dire pour les écrits qui constatent des paiements, ne saurait être étendu à ceux qui contiennent d'autres conventions libératoires, telles que remise de dette, novation, etc.

Il y a une décision de la cour d'appel, dans une cause de *Prévost* & *Mélançon*, 23 L. C. J., 167, où on a jugé qu'on pouvait opposer aux syndics du créancier une remise sous seing privé consentie par le créancier, sans en prouver la date. Mais ces syndics n'étant par des tiers, l'art. 1225 ne s'appliquait pas.

" époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par " le décès d'un ou de plusieurs signataires au dit acte, *ou par* " *quelqu'autre preuve satisfaisante*, excepté dans les matières " commerciales, dans lesquelles la preuve peut se faire suivant " les dispositions des articles 1233, 1234, 1235."

Le juge Langelier (*a*) interprète le deuxième alinéa de l'article 1225 comme signifiant que s'il s'agit d'un cas où la preuve testimoniale est admissible, on pourra prouver la date de l'acte par témoins, et que s'il s'agit, au contraire, d'un cas où cette preuve est exclue, il faudra prouver la date par un écrit, ou par des témoins avec un commencement de preuve par écrit.

On se demandera peut-être par quel écrit on prouvera la date de l'écrit qu'on a déjà. Si c'est l'acte authentique dont parle le premier alinéa de notre article, dira-t-on, il était inutile d'autoriser une preuve dont on n'avait pas besoin. Cependant, on apporterait une preuve par écrit de la date de l'acte sous seing privé, en produisant un autre écrit sous seing privé ayant déjà acquis date certaine et qui relaterait la substance de l'acte, ou bien une lettre ou autre écrit de la partie adverse dans lequel celle-ci admettrait avoir eu, à une époque antérieure, connaissance de l'existence de l'acte (*b*).

Et on aurait un commencement de preuve de la date d'un acte sous seing privé dans tout écrit émané de la partie adverse, qui, sans prouver formellement l'existence de cet acte, rendrait cette existence antérieure probable.

D'un autre côté, ouvrir la porte à la preuve testimoniale de la date d'un écrit dans une matière qui ne serait pas elle-même susceptible de cette preuve, rendrait illusoire la protection que l'article 1225 accorde aux tiers, puisque la partie qui produit cet acte en prouverait la date par son propre témoignage, et alors notre article n'aurait pas sa raison d'être, car il serait inutile d'exiger une preuve *légale*, si toute preuve quelconque était admissible.

J'accepte donc pleinement la décision du savant juge, en ajoutant, ce qui d'ailleurs va de soi, que l'on prouvera légalement la date de l'acte par le témoignage de la partie adverse (*c*).

(*a*) *Preuve*, n° 435.

(*b*) Cette connaissance de l'existence de l'acte ne suffit pas en France, mais les termes de notre article nous autorisent à en décider autrement.

(*c*) L'article 1281 ne peut être invoqué à l'encontre de cette décision. L'expression *preuve satisfaisante* est trop vague pour qu'on puisse s'en autoriser pour admettre la preuve testimoniale. D'ailleurs telle n'a pas été l'intention du législateur, car la suite de l'article démontre que cette preuve n'a été permise que dans les matières commerciales. J'ajouterai

J'ai supposé jusqu'ici qu'il s'agissait d'écrits d'une nature civile, auxquels seuls s'applique la règle de l'article 1225. En effet, pour favoriser le commerce, on a admis une exception quant aux écrits commerciaux (*a*). C'est la disposition de l'article 1226, qui se lit comme suit:

1226. " La règle contenue en l'article qui précède ne s'applique pas aux écrits d'une nature commerciale (*b*). Ces écrits " sont présumés avoir été faits au jour de leur date, sauf preuve " contraire."

Donc en matière commerciale le poids de la preuve incombe à celui qui conteste la date de l'écrit qu'on lui oppose.

Mais quelle est cette preuve contraire? En d'autres termes, peut-on prouver, par tout genre de preuve, que la date que porte un écrit d'une nature commerciale est fausse? Il s'agit ici, bien entendu, des tiers, car entre les parties ou leurs héritiers et représentants légaux, l'article 1234 rend la preuve testimoniale impossible.

L'affirmation ne me paraît pas douteuse. Le tiers qui conteste la date de l'écrit qu'on lui oppose, prétend que cette date est simulée. Or il a toujours été admis que la simulation peut se prouver par témoins (*c*). Du reste, c'est là un cas où le plus souvent la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite (art. 1233, 5°) et, partant, la preuve testimoniale est admissible.

Section III. — DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

I. Généralités. — J'ai dit plus haut que la preuve littérale est la règle, la preuve testimoniale l'exception. Donc celui qui prétend qu'il y a ouverture à la preuve testimoniale doit citer un texte qui établisse sa prétention; dans le silence de la loi—et il n'y a, dans le code civil, qu'un seul article qui énumère, et cette énumération est limitative, les cas où la preuve testimoniale est admissible—la preuve par témoins doit être refusée.

---

que l'article 1281 contredit, en cela, la disposition de l'article 1226 qui porte que l'écrit commercial fait foi de sa date, sauf la preuve contraire. En vue de cette contradition, et du peu d'exactitude de ses termes, l'article 1281 perd toute valeur comme règle d'interprétation.

(*a*) On admet cette exception en France, en l'absence même d'un texte comme notre article 1226. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1222.

(*b*) Tel serait par exemple un billet promissoire (juge Mackay, *Hutchins* v. *Lohen*, 14 L. C. J., p. 85). Tel serait aussi un écrit constatant la vente de marchandises et la promesse d'en payer le prix (cour de revision, *Desautels* v. *Desautels*, R. J. Q., 1 C. S., p .261).

(*c*) Fuzier-Herman, sur l'art. 1319, C. N., n° 84.

Ce principe ne souffre aucune difficulté. Mais, la preuve testimoniale peut-elle être faite, en dehors des cas énumérés, avec le consentement tacite ou exprès de la partie adverse?

Pour répondre à cette question il faut se demander si la prohibition de la preuve testimoniale a été faite pour des motifs d'ordre public, ou seulement dans l'intérêt particulier des parties? Au premier cas, il est évident que le juge doit refuser la preuve testimoniale même lorsque la partie adverse ne s'y objecte pas ou y consent formellement, car on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public (art. 13). Au second cas, comme on peut toujours renoncer au bénéfice d'une loi d'intérêt privé, le juge serait forcé de recevoir la preuve offerte.

Le point capital est donc de déterminer si la prohibition de la preuve testimoniale a été dictée par des considérations d'ordre public ou d'intérêt privé.

On indique généralement comme les motifs de cette loi, le désir du législateur de resteindre le nombre des procès, en obligeant les parties à se procurer une preuve écrite de leurs conventions, et aussi d'écarter le danger de la subornation des témoins.

Or une école importante dans la doctrine enseigne que ces motifs sont d'ordre public. En effet, dit-on, rien ne trouble la société et la paix publique comme la multiplicité des procès et la violation de la foi du serment. Il est vrai que le législateur permet la preuve testimoniale en des matières de peu d'importance, mais il a voulu en cela venir au secours des personnes illettrés, qui, ne pouvant écrire elles-mêmes leurs conventions, auraient été forcées de les faire écrire par un tiers, et de subir des frais hors de proportion avec le montant du contrat. On ajoute que cette opinion n'a jamais fait doute dans l'ancien droit (*a*).

D'un autre côté, la majorité des arrêts et bon nombre d'auteurs, se basant sur le silence de la loi, décident que la preuve testimoniale peut être ordonnée hors des cas prévus par la loi, alors que la partie adverse y consent. M. Huc (t. 8, n° 290), le plus éminent et le plus récent des partisans de cette opinion, enseigne que les parties peuvent déroger à la prohibition de la preuve testimoniale dans les matières qui ne touchent pas à l'ordre public et sur lesquelles elles ont la liberté de transiger. Cette prohibition, qui n'est pas sans doute étrangère à certaines

---

(*a*) En ce sens, voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1285, et les auteurs cités par Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 1341, n° 30. Voy. aussi le juge Langelier, n° 491, 492.

considérations d'intérêt général, a surtout été inspirée, dit-il, par une pensée de protection exagérée des intérêts privés. Il trouve les formules de l'opinion contraire exagérées. Ce n'est pas, ajoute-t-il parce que les faux témoignages pourraient corrompre la justice et altérer la conscience publique, qu'on a prohibé la preuve testimoniale, mais parce qu'ils menacent des intérêts privés (*a*).

Dans notre jurisprudence, cette dernière opinion semble l'avoir emporté. En effet, la cour suprême—si nous pouvons prendre comme son opinion celle qu'a exprimée le juge Taschereau—a jugé, dans la cause de *Schwersenski & Vineberg*, 19 *Supreme Court Repts.*, p. 243, que la prohibition de l'article 1234 n'était pas d'ordre public, et partant que la preuve testimoniale faite à l'encontre d'un écrit sans objection de la partie adverse, était légale. Et la cour de revision à Montréal a suivi cet arrêt dans la cause de *Guerin* v. *Fox*, R. J. Q., 15 C. S., p. 199.

Je crois donc que cette doctrine, telle que M. Huc l'exprime, ne sera plus contestée dans notre droit (*b*).

Avant d'expliquer ce que c'est que la preuve testimoniale, et de préciser les cas où l'on peut y avoir recours, il convient de dire que les articles 1230, 1231 et 1232 ont été abrogés par la loi 60 Vic., ch. 50. Les deux premiers ont été intercalés, sauf quelques modifications, dans le nouveau code de procédure civile (art. 312, 314). L'article 1232 a été abrogé absolument; son premier alinéa portant l'exclusion du témoignage d'une partie en sa faveur, avait déjà été retranché par la loi 54 Vic., ch. 45, et son deuxième alinéa, décrétant que l'intérêt ou la parenté n'est pas une cause d'incompétence d'un témoin mais ne peut affecter que sa crédibilité, était inutile, car le code de procédure civile avait déjà une disposition dans ce sens (*c*). Fidèle aux bornes que je me suis tracées au commencement de ce chapitre, je ne ferai que mentionner les dispositions du code de procédure civile qui sont indispensables pour l'intelligence des articles de ce chapitre.

II. Définition. — On entend par preuve testimoniale la déclaration orale, sous serment ou déclaration solennelle (*d*), d'une

(*a*) Voy. aussi Fuzier-Herman, sur l'art. 1341, n° 43.

(*b*) Dans son excellente thèse *De l'admissibilité de la preuve par témoins en droit civil*, n° 128, M. C.-E. Dorion admet cette doctrine.

(*c*) Voy. l'article 315 du nouveau code.

(*d*) Les *quakers* sont admis à déclarer et affirmer solennellement, sincèrement et véritablement. Art. 255 C. P. C.

personne qui a perçu directement par ses propres sens le fait à constater; elle est dite témoin *oculaire,* lorsqu'elle a vu, *auriculaire* quand elle a entendu. Cependant cette définition n'explique que la preuve testimoniale proprement dite. Il y a un autre genre de preuve testimoniale à laquelle on a de plus en plus recours de nos jours, la déclaration d'experts. Ceux-ci ne parlent pas de faits qu'ils ont perçus par leurs propres sens, mais expriment l'opinion qu'ils ont formée, à l'égard de certains faits qui peuvent très bien n'être pas à leur connaissance, par l'exercice de leurs facultés intellectuelles. Leur opinion, toutefois, ne lie pas le juge comme les déclarations non contredites et vraisemblables de témoins oculaires ou auriculaires.

Il ne faut pas confondre la preuve testimoniale avec *la preuve par commune renommée* que certains articles du code autorisent dans des cas exceptionnels. Cette dernière preuve est une preuve par ouï-dire, c'est la déclaration de personnes qui ont seulement entendu raconter le fait à prouver. Sauf ces exceptions, la preuve par ouï-dire n'est jamais admissible.

III. De la compétence des témoins. — Cette matière ayant été réléguée dans le code de procédure civile, je ne ferai que rapporter sommairement les principales dispositions qui la régissent.

Et d'abord, aux termes de l'article 312 du code de procédure (l'ancien article 1230 du code civil), " le témoignage d'un seul " témoin est suffisant dans tous les cas où la preuve testimoniale " est admise. " Dans l'ancien droit, il fallait au moins deux témoins de chaque fait contesté, car, disait-on, *unus testis nullus testis.* Il y a longtemps que l'admissibilité d'un seul témoin a été reconnue dans notre droit.

D'après l'article 314 du code de procédure, qui remplace maintenant, en le modifiant, l'article 1231 du code civil :—

" Toutes personnes sont témoins compétents, excepté :—

1. " Celles qui sont dépourvues d'intelligence par défaut " d'âge, démence ou autres causes;

2. " Celles qui ignorent ou méconnaissent l'obligation reli- " gieuse du serment;

3. " Celles qui sont mortes civilement;

4. " Les époux l'un pour ou contre l'autre. Cependant, si les " époux sont séparés de biens et que l'un d'eux, comme agent, " ait administré les biens de l'autre, l'époux qui a ainsi admi- " nistré peut être examiné comme témoin sur tout fait qui con- " cerne cette administration; pourvu que le tribunal, eu égard " aux circonstances de la cause, soit d'avis qu'il est juste et à " propos d'ordonner cet examen. "

L'article 1231 du code civil énumérait une autre classe d'incapables, ceux qui par la loi sont reputés *infâmes*. Il n'y avait plus de disposition légale décrétant d'infamie les personnes convaincues de certains crimes, et il n'y avait pas lieu de maintenir dans notre code une cause d'imcompétence qui ne pouvait que donner lieu à de grandes difficultés (*a*).

Enfin l'article 315 du code de procédure porte que " la parenté, " l'alliance et l'intérêt ne sont cause de reproche contre un té-" moin, que relativement au degré de créance qu'on doit accor-" der à son témoignage. "

On ne peut accuser le législateur de s'être montré difficile. Il a même violé un principe qui avait été toujours reconnu dans notre droit, et qui empêchait une partie de témoigner en sa faveur. On fit d'abord exception à ce principe dans les matières commerciales et ensuite on étendit cette faveur à toutes les instances où la preuve testimoniale est admise. Cela a été un pas rétrograde et non pas une réforme utile, car bien souvent les parties adverses se contredisent mutuellement et détruisent ainsi le témoignage l'une de l'autre, rendant ainsi—avec peut-être quelques parjures en plus — la situation absolument la même que si ces témoignages étaient encore interdits.

IV. Des cas où la preuve testimoniale est admissible.— Je vais citer l'article 1233 avant de commenter séparément chacun des cas qu'il mentionne.

1233. " La preuve testimoniale est admise :

" 1° De tout fait relatif à des matières commerciales ;

" 2° Dans toute matière où le principal de la somme ou valeur " demandée n'excède pas cinquante piastres (*b*) ;

" 3° Dans les cas où des biens-fonds sont occupés avec la " permission du propriétaire et sans bail, tel que pourvu au " titre *Du louage* ;

" 4° Dans le cas de dépôt nécessaire ou de dépôts faits par des " voyageurs dans une hôtellerie, et autres cas de même nature :

" 5° Dans le cas d'obligations résultant des quasi-contrats, " délits et quasi-délits, et dans tout autre cas où la partie récla-" mante n'a pu se procurer une preuve écrite ;

" 6° Dans les cas où la preuve écrite a été perdue par cas im-" prévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse, ou " d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante, et " ne peut être produite ;

(*a*) Sur l'infamie, voy. le juge Langelier, nos 697 et suiv.

(*b*) Avant le code ce montant était de $25. En France, il est de 150 rancs, $30.

" 7° Lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

" Dans tous les autres cas la preuve doit se faire au moyen " d'écrits ou par le serment de la partie adverse.

" Le tout néanmoins sujet aux exceptions et restrictions spé- " cialement énoncées dans cette section et aux dispositions con- " tenues dans l'article 1690 " (*a*).

Il est hors de doute que l'énumération de notre article est limitative, comme le démontre du reste l'avant-dernier alinéa. Quant aux exceptions, elles seront notées plus loin, et celle de l'article 1690—qui exige, pour un compte de travaux additionnels dans une entreprise à forfait pour la construction d'un édifice ou autre ouvrage, un écrit en fixant le prix ou le serment décisoire du propriétaire—sera expliquée en temps et lieu.

Je vais expliquer maintenant chacun des cas de l'article 1233 en citant la jurisprudence qui s'y rapporte.

1° *Les matières commerciales.* La disposition de l'article 1233 est très générale. La preuve testimoniale est admise, dit-elle, " de tout fait relatif à des matières commerciales " (*b*).

Donc qu'il s'agisse d'un contrat ou de tout fait juridique, la preuve par témoins est admissible si la matière est commerciale (*c*).

Il importe donc de se demander ce qu'on doit entendre par une matière commerciale, ou, pour parler un langage plus juridique, un acte de commerce.

Je crois qu'on ne saurait en donner une définition satisfaisante, et de fait la plupart des auteurs se contentent d'indiquer ce qu'ils appellent les caractères distinctifs de l'acte de commerce, mais ne tentent pas de le définir (*d*). On ne s'entend

---

(*a*) Il n'y a guère d'article au code Napoléon auquel notre article 1233 puisse être comparé, bien qu'il y ait des dispositions qui s'en approchent. Je ferai d'ailleurs la comparaison au fur et à mesure de l'explication de notre article Il convient d'ajouter que cet article nous vient du droit français, sa source première étant l'Ordonnance de Moulins.

(*b*) Lorsque la dette est commerciale, toute convention ou arrangement qui s'y rapporte, comme par exemple l'imputation du paiement, ou la dation en paiement, peut être prouvé par témoin : juge Smith, *Lalonde* v. *Rolland*, 10 L. C. J., p. 321 ; cour d'appel, *Labrecque* & *Dubois*, 14 Q. L. R., p. 72. Mais cette preuve n'est permise, bien entendu, que lorsqu'elle ne vient pas en contradiction avec un écrit : juge Johnson, *McGarry* v. *Bruce*, M. L. R , 4 S. C., p. 363.

(*c*) Ainsi sur une vente commerciale il sera permis à l'acheteur de prouver par témoins que la vente n'a été faite qu'à l'essai : juge Taschereau, *Chapin* v. *Whitfield*, M. L. R , 2 S. C., p. 187.

(*d*) Comp. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, n° 20 ; Fuzier-Herman, Répertoire, v°. *Acte de commerce*, nos 33 et suiv.; Labori, Répertoire, v° *Acte de commerce*, nos 1 et suiv.

même pas sur tous ces caractères distinctifs, de sorte que la base d'une définition manque. Ainsi on dit que l'idée de spéculation caractérise avant tout l'acte de commerce. Cela est très vrai, mais cette idée de spéculation se trouve également dans plusieurs actes purement civils. On pourrait même indiquer certains actes de commerce—comme celui d'apposer sa signature à un billet—où la pensée de spéculer manque absolument. On dit aussi que l'acte de commerce n'a pour objet que des effets mobiliers (*a*), mais ce point est chaudement contesté et une opinion très importante veut que les immeubles puissent comme les meubles être l'objet d'un acte commercial (*b*).

Enfin, il ne reste qu'un seul point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que l'acte de commerce est nécessairement à titre onéreux, mais il en est de même de la plupart des actes civils.

Je ne tenterai donc pas de définir théoriquement l'acte de commerce. Heureusement, l'absence d'une définition scientifique ne nous laissera pas entièrement dans les ténèbres, car la commercialité d'un grand nombre d'actes ne peut souffrir de doute.

Ceci m'amène à la distinction entre les actes qui sont commerciaux *per se*, quelle que soit la qualité de ceux qui les font, et les actes qui ne sont commerciaux qu'à raison de la qualité des parties contractantes ou de l'une d'elles.

Pour indiquer les actes qui sont commerciaux *per se*, je ne puis mieux faire que de reproduire l'énumération des articles 632 et 633 du code de commerce français, énumération qui n'est pas regardée comme limitative par les commentateurs de ce

---

(*a*) Voy. la cause de *Girard* & *Trudel* (21 L.C.J., p. 295), dans laquelle la cour d'appel a jugé qu'une société formée pour acheter et vendre des immeubles n'est pas une société commerciale. Voy. aussi la cause de *Trudeau* v. *Rochon*, R.J.Q., 8 C.S., p. 387, jugée par le juge Pagnuelo, et la cause de *Baillie* v. *Nolton*, jugée par le juge Lynch (R.J.Q., 12 C.S., p. 534), dans lesquelles il a été décidé que le mandat fait à un individu pour vendre un immeuble moyennant commission n'est pas commercial.

(*b*) Comp. Labori, n°s 107 et suiv. ¶Ce qui arrête les auteurs français c'est que l'article 632 du code de commerce ne parle que des denrées et marchandises. Mais nous n'avons pas une disposition semblable, et si un acte se présente avec tous les éléments de la spéculation, comme l'achat de terrains pour y ériger des constructions et ensuite vendre le tout, pourquoi serait-il civil lorsqu'il a pour objet un immeuble, et commercial lorsqu'il porte sur un meuble. Je ne crois pas que l'art. 2260, 5°, puisse être invoqué à l'encontre de cette opinion, car il ne prétend pas définir l'acte de commerce, mais seulement décréter la commercialité des ventes de meubles entre commerçants et non-commerçants.

En sens contraire, voy. le juge Langelier, n° 495.

code (*a*), et qui, à plus forte raison, ne doit pas être considérée comme telle dans notre droit.

Disons donc que la loi répute actes de commerce:

Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre; ou même pour en louer seulement l'usage;

Toute entreprise de manufacture, de commission, de transport par terre ou par eau (*b*);

Toute entreprise de fourniture, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics;

Toute opération de change, de banque, de courtage (*c*);

Toutes les opérations des banques publiques (*d*);

Toutes obligations entre négotiants, marchands et banquiers;

Entre toutes personnes les lettres de change et remises d'argent faites de place en place (*e*);

(*a*) Labori, v° *Acte de commerce*, n° 1.

(*b*) Le contrat de touage de radeaux, entrepris par celui qui a l'habitude d'exécuter semblables ouvrages, est commercial : juge Taschereau, *Dupré* v. *Wade*, 7 R. de J., p. 66.

(*c*) Le mandat du courtier peut être prouvé par témoins, mais non l'achat qu'il a fait en exécution de son mandat : cour d'appel, *Trenholme* & *McLennan*, 24 L. C. J., p. 305, et 3 L. N., p. 35 : juge Mackay, *Lusk* v. *Hope*, 17 L. C. J., p. 19.

(*d*) Ainsi la convention faite entre une banque et un marchand au sujet des dépôts faits par le marchand, est une transaction commerciale : juge Pagnuelo, *Insky* v. *The Hochelaga Bank*, R. J. Q., 10 C. S., p. 142. (confirmé en revision, R. J. Q., 10 C. S., p. 510.)

(*e*) On a jugé affirmativement et négativement la question de savoir si un billet est *per se* une matière commerciale.

Pour l'affirmative : juge Lemieux, *Crépeau* v. *Beauchesne*, R. J. Q., 14 C. S., p. 495; juge Taschereau, *Ville de Maisonneuve* v. *Chartier*, R.J.Q. 20 C.S., p. 518.

Pour la négative : juge Pagnuelo, *Hamilton* v. *Perry*, R. J. Q., 3 C. S., p. 66 (ce jugement a été infirmé en revision, R. J. Q., 5 C. S., p. 76, pour la raison que l'une des parties au billet était commerçante).

On pourrait également citer pour la négative la cause de *Ekemberg* v. *Mousseau* R. J. Q., 19 C. S., p. 289, dans laquelle le juge Davidson a jugé que la preuve testimoniale ne pouvait être admise pour prouver la donation de billets qui représentaient une dette civile.

Je crois l'affirmative bien fondée.

Rappelons-nous cependant que l'article 2241 du code civil, qui soumet la preuve sur les billets promissoires à la loi d'Angleterre, est encore en vigueur. Le paiement d'un billet, et toute promesse relative à un billet, peuvent être prouvés par témoins : cour d'appel, *Carden* & *Finley*, 8 L. C. J., p. 139; juge Monk, *Johnson* v. *Geoffrion*, 13 L. C. R., p. 161; juge Berthelot, *Gale* v. *Cockburn*, 8 L. C. J., p. 341.

Le juge Chagnon, *Baril* v. *Tétrault*, 29 L. C. J., p. 208, a jugé que le chèque est par soi un effet de commerce.

Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure;

Toutes expéditions maritimes;

Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements;

Tout affrètement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse;

Toute assurance ou autre commerce concernant le commerce de mer;

Tous accords et conventions pour salaire et loyers d'équipages;

Tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce (*a*).

Cette liste vieille maintenant d'un siècle, est, on le comprend, incomplète. Il faudrait y ajouter les assurances sur la vie et contre l'incendie et les accidents (*b*), les entreprises de télégraphe, de téléphone, de photographie, etc, etc.

Nous venons de voir quels actes sont commerciaux *per se*. Je vais indiquer maintenant ceux qui le sont à raison de la qualité des parties contractantes ou de l'une d'elles.

On peut poser le principe général que les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce sont commerciacx, malgré qu'ils seraient civils s'ils étaient faits par un non-commerçant. Ainsi le commerçant, pour les besoins de son commerce, achète des comptoirs, des livres pour l'enregistrement de ses opérations, des voitures pour transporter et délivrer ses marchandises; ou bien, il assure son fonds de commerce ou engage des commis; de tels actes étant l'accessoire de son commerce,

---

(*a*) Une remarque qu'il convient de faire au sujet de cette liste, c'est que certains des actes énumérés sont commerciaux par leur vertu propre, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de l'intention des parties, tandis que d'autres ne le sont qu'à raison du but que poursuivent les parties ou l'une d'elle. Ainsi, un billet ou une lettre de change est un effet de commerce quelle que soit l'intention des parties ou la cause de la dette. Au contraire, l'achat de denrées n'est commercial que si l'acheteur l'a fait dans l'intention de revendre.

(*b*) On admet que les entreprises d'assurance à prime sont des actes de commerce à l'égard de l'assureur, mais il n'en est pas ainsi de l'acte de l'assuré qui paie la prime. Quant aux assurances mutuelles on enseigne qu'elles ont un caractère absolument civil à cause de l'absence de spéculation. Comp. Labori, Répertoire, v° *Acte de Commerce*.

Il a été décidé par la cour d'appel dans la cause de *Montreal Assurance Co., & McGillivray*, 8 L. C. R., p. 401, que le contrat d'assurance pouvait être fait et prouvé sans écrit. (Voy. aussi le jugement de la même cour, dans la cause de *Ætna Life Insurance Co.* v. *Brodie*, 8 R. L., p. 91, confirmé par la cour suprême, 5 *Supreme Court Repts.* p. 1.)

sont reputés commerciaux (*a*). C'est ce qu'on a appelé la théorie de l'accessoire reconnue aujourd'hui par la doctrine et la jurisprudence (*b*).

Par application de cette théorie on décide que l'achat par un commerçant d'un fonds de commerce, l'achat du bail et de l'achalandage, sont tous des actes de commerce.

Mais on décide également (*c*), mais peut-être avec moins de logique, que cette théorie ne doit pas s'appliqcer à l'achat ou à la location d'une maison pour y exercer un commerce. C'est en partant du principe qu'un immeuble ne peut être l'objet d'un acte de commerce principalement, et qu'il ne saurait l'être accessoirement, qu'on arrive à cette conclusion.

On trouvera aux autorités que j'ai citées de nombreuses applications de la théorie de l'accessoire (*d*).

Il résulte de ce qui précède qu'un acte peut-être commercial à l'égard de l'une des parties et civil à l'égard de l'autre. Ainsi un marchand de foin achète la récolte de foin d'un cultivateur; le premier fait un acte de commerce, le second un acte civil. Quelle est alors la qualité qui domine?

La disposition du paragraphe 5 de l'article 2260 nous fournira la réponse à cette question. Elle soumet à la prescription quinquennale "les ventes d'effets mobiliers entre non-commer-"çants de même qu'entre un commerçant et une personne qui "ne l'est pas, *ces dernières ventes étant dans tous les cas répu-" tées commerciales.*" Il faut donc répondre que c'est la qualité commerciale qui domine (*e*).

(*a*) Pour ces raisons, l'engagement d'un employé d'hotel serait une matière commerciale: juge Mathieu, *Cousineau* v. *Beauvais*, 20 R. L., p. 319. Mais l'engagement d'un apprenti à qui le patron enseigne son art en même temps qu'il lui paie son salaire ne peut être considéré comme commercial: juge Taschereau, *Jones* v. *Jones*, 16 L. C. R., p. 296

Dans la cause de *Legge & The Laurentian Railway Company*, 24 L.C.J., p. 98, la cour d'appel a jugé que l'engagement d'un ingénieur civil pour des travaux de chemin de fer est commercial.

(*b*) Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, nos 38 et suiv.; Labori, *eodem verbo*, nos 203 et suiv.

(*c*) Voy. en ce sens la décision du juge Mathieu dans la cause de *Corbeil* v. *Marleau*, R. J. Q., 10 C. S., p. 6.

(*d*) Quels sont les éléments constitutifs de la qualité de commerçant? Ce sont: 1° les actes de commerce; 2° la profession habituelle. Et la qualité de commerçant ne se perd pas brusquement; il faut une suspension plus ou moins longue des faits qui la constituent pour la perdre. C'est ce qu'a jugé la cour d'appel dans la cause de *Roy & Ellis*, R. J. Q., 7 B. R., p. 222. La même cour, dans la cause de *Carter & McCarthy*, R. J. Q., 6 B. R., p. 499, a jugé qu'un restaurateur est un commerçant.

(*e*) *Fee* v. *Sutherland*, 9 Q.L.R., p. 55 ; *Fee* v. *Killett*, 10 L.N., p. 186.

Deux arrêts de la cour de revision ont décidé que le mot *vente* est employé ici, ainsi que dans l'art. 1235, comme le type des autres contrats à titre onéreux (*a*). On donne une pareille extension au mot achat dans l'article 632 du code de commerce français (*b*). Je note cependant que le juge Langelier (n° 509) est d'une opinion contraire.

Mais ce qui est certain, c'est que ces ventes ne sont commerciales qu'autant que la partie commerçante a fait l'achat ou la vente pour les fins de son commerce (*c*).

Le contrat de construction, lorsque le constructeur fournit les matériaux, est un contrat commercial (juge Casault, *Morgan* v. *Turnbull,* 14 Q. L. R., p. 121) (*d*). Le juge Polette, dans la cause de *Chevrefils* v. *Les syndics de la paroisse de Ste-Hélène,* 2 R. L., p. 161, a jugé qu'on ne pouvait prouver par témoins un contrat de construction qui excède $50, mais je crois que son jugement était mal fondé de ce chef; il était bien fondé pour un autre motif, car des syndics, formant une corporation, ne peuvent s'engager que par écrit.

Il a été jugé par le juge Papineau, dans la cause de *Lemire* v. *Bourdeau,* 12 R. L., p. 362, et par le juge Mathieu, dans la cause de *Graham* v. *Bennett,* 12 R. L., p. 448, qu'un tiers peut prouver par témoin l'existence d'une société commerciale (*e*). A plus forte raison il serait permis d'établir qu'un individu a fait acte d'associé et s'est immiscé dans l'administration des affaires d'une société (cour d'appel, *Davie* & *Sylvestre,* 33 L. C. J., p. 321, et M. L. R., 5 Q. B., p. 143). Mais, entre les asso-

---

(*a*) *Métivier* v. *Livinson*, R.J.Q., 13, C.S. p. 39; *Reid* v. *Leclair*, R.J.Q., 8 C.S., p. 32. Remarquons cependant que ce dernier jugement a été infirmé (R J.Q., 5 B.R., p. 32) par la cour d'appel qui s'est appuyée sur la décision du juge Casault dans la cause de *Morgan* v. *Turnbull*, 14 Q.L.R., p. 121.

(*b*) *Lyon-Caen Renault*, ouvrage cité, n° 22; Labori, n° 32.

(*c*) Le juge Langelier, n° 507. Voy. aussi la décision du juge Beaudry, dans la cause de *Guernon* v. *Lacombe*, 4 R. L., p. 385.

(*d*) Le juge Gagné s'était aussi prononcé en ce sens dans la cause de *Métivier* v. *Livinson*, 4 R. de J., 62, mais la cour de revision (R. J. Q., 13 C. S., p. 39), tout en reconnaissant le caractère commercial de ce contrat, a infirmé son jugement par application du paragraphe 4 de l'article 1235 qui prohibe la preuve testimoniale lorsqu'il n'y a pas eu un commencement d'exécution.

(*e*) Voy. en sens contraire le jugement de la cour d'appel dans la cause de *Préfontaine* & *Barrie*, 13 Q. L. R., p. 312. Voy. aussi sur ce point le jugement de la même cour dans la cause de *Singleton* & *Knight*, 14 Q. L. R., p. 39, et 15 R. L., p. 216, confirmé par le conseil privé (14 Q. L. R., p. 257, et 11 L. N., p. 401).

ciés, il faudra un commencement de preuve par écrit pour permettre la preuve testimoniale du contrat de société : juge Davidson, *McIndoe* v. *Pinkerton*, M. L. R., 4 S. C., p. 102 ; juge Papineau, *Rowan* v. *Massé*, M. L. R., 1 S. C., p. 77. Et les associés ne pourront prouver par témoins, à l'égard des tiers, qu'un individu faisait partie de la société, nonobstant les termes de la déclaration enregistrée : cour suprême, *Caldwell & Accident Insurance Co.*, 24 *Supreme Court Repts.*, p. 263, et cour de revision, même cause, *nomine McLachlan* v. *Accident Insurance Co.*, R. J. Q., 3 C. S., p. 230 (*a*).

Le juge DeLorimier avait décidé dans une cause de *Hancock* v. *McIntyre*, R. J. Q., 9 C. S., p. 25, que la préparation de plans de construction par un architecte, était une acte commercial. Sa décision sur ce point fut ensuite infirmée en appel. Mais la cour de revision, dans la cause de *Kennedy* v. *The Canadian Construction Co.*, R. J. Q., 18 C. S., p. 507, a décidé qu'une telle préparation de plans était, sinon une matière commerciale, une matière de fait susceptible de preuve testimoniale (*b*).

Lorsqu'un jugement a été rendu sur une dette commerciale, la dette devient-elle civile ? On a jugé ainsi dans deux causes, et qu'en conséquence le paiement ne pouvait plus se prouver par témoins (cour de revision. *Dominion Type Co* v. *Pacaud*, 10 Q. L. R., p. 354 ; même cour, *Miller* v. *Kemp*, 14 L. C. J., p. 74). C'était là décider que le jugement rendu sur une dette opère novation de cette dette. J'ai exprimé l'opinion contraire en mon tome 5, p. 597, et je crois donc que la dette conservera sa nature de commercialité.

2° *Les matières où le principal de la somme ou la valeur demandée n'excède pas cinquante piastres.* — Pour trouver l'origine de cette disposition, il faut remonter jusqu'à l'ordonnance de Moulins de 1566. L'article 54 de cette ordonnance ordonna que de toutes choses excédant la valeur de 100 livres il fût passé contrats, par lesquels seulement serait reçue toute preuve des dites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu aux dits contrats.

Cette disposition fut confirmée par l'article 2 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 qui se lisait comme suit :

(*a*) L'article 1835 C. C. trouverait d'ailleurs ici son application.

(*b*) L'insolvabilité est aussi une matière de fait et devrait pouvoir être prouvée par témoins. La cour de revision, dans une cause de *Labelle* v. *Sayer*, 10 R. L., p. 545, a cependant jugé que l'insolvabilité complète ne pouvait être prouvée par témoins.

" Seront passés actes pardevant notaires ou sous signature " privée de toutes les choses excédant la valeur de 100 livres; " même pour dépôts volontaires; et ne sera reçue aucune preuve " par témoins contre et outre le contenu aux actes ni sur ce qui " serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, " encore qu'il s'agit d'une somme moindre de 100 livres. "

Cette dernière disposition a été en vigueur en cette province jusqu'au code civil, sauf une modification faite en 1858 par le statut 23 Victoria, chapitre 57, qui fixa le montant extrême où la preuve testimoniale était admissible, à $25. Cependant les codificateurs, vu la diminution de la valeur mercantile de l'argent, crurent devoir augmenter ce montant à $50, et sous ce rapport l'article 1233 est de droit nouveau. Ils font observer que ce montant ne diffère pas sensiblement du maximum établi par le statut des fraudes, £10 stg.

Donc la preuve testimoniale est admissible en toute matière où le principal de la somme ou la valeur demandée n'excède pas $50. En France, aux termes de l'article 1341 du code Napoléon, le maximum pour l'admission de la preuve par témoins a été fixé à 150 francs.

La disposition toute concise de l'article 1233, 2°, se complète par d'autres dispositions que je vais citer immédiatement. Et d'abord il y a l'article 1236 qui se lit comme suit:

1236 " La preuve testimoniale ne peut être admise sur la de- " mande d'une somme n'excédant pas cinquante piastres, si cette " somme est la balance ou fait partie d'une créance en vertu " d'un contrat qui ne peut être prouvé par témoins (*a*).

" Le créancier peut néanmoins prouver par témoins la pro- " messe du débiteur de payer telle balance si elle n'excède pas " cinquante piastres. "

Mais il se peut que dans une instance on réclame plusieurs créances distinctes, qui, isolées, n'excèdent pas cinquante piastres, quoique le montant réclamé par l'action dépasse ce chiffre. Le législateur autorise dans ce cas la preuve testimoniale, par l'article 1237, qui s'exprime en ces termes:

1237 " Si dans la même instance une partie fait plusieurs de- " mandes qui réunies forment une somme qui excède cin- " quante piastres, la preuve par témoins peut-être admise, si ces " créances procèdent de différentes causes ou ont été contractées

---

(*a*) Ce premier alinéa de l'article 1236 est au même effet que l'article 1344 du Code Napoléon.

" à des époques différentes et étaient originairement chacune " d'une somme moindre que cinquante piastres " (*a*).

Cet article est de droit nouveau. Les codificateurs font remarquer qu'il renverse la règle de l'ordonnance de 1667, article 5. Il diffère également de l'article 1345 du code Napoléon qui a reproduit la disposition de l'ordonnance, et qui n'admet la preuve testimoniale que lorsque les créances procèdent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes (*b*).

Je vais revenir maintenant sur ces dispositions pour en faire ressortir la portée. Remarquons d'abord qu'il y a une différence de phraséologie entre notre article 1233, 2°, et les textes qui lui ont servi de source. L'ordonnance de Moulins et celle de 1667—et l'article 1341 du code Napoléon est au même effet—disaient qu'il serait passé acte de toutes les choses excédant la valeur de 100 livres, tandis que notre code dit que la preuve testimoniale sera admissible dans les matières où le principal de la somme ou de la valeur *demandée* n'excède pas $50. Donc la loi ancienne se plaçait au moment du contrat pour déterminer si un écrit devait en être dressé, alors que notre code, pour régler le mode de preuve du contrat, semble se placer au moment de la demande.

Y a-t-il là une différence réelle? Je ne le crois pas. Il résulte de l'article 1236 que, quelque minime que soit le montant *demandé*, la preuve testimoniale est inadmissible si ce montant est la balance ou fait partie *d'un contrat* qui ne peut être prouvé par témoins. Donc. il faut nécessairement se reporter au moment du contrat pour déterminer si la preuve de ce contrat pourra se faire par témoins (*c*).

(*a*) Voy. la décision du juge Mathieu dans la cause de *Ethier* v. *Hurteau*, M. L. R., 4 S. C., p. 36, portant que la réclamation d'un avocat pour différents services rendus à un candidat durant son élection, s'élevant à une somme totale excédant $50, ne pouvait être prouvée par témoins. Il y a cependant une décision non encore rapportée du juge Fortin, *Mireault* v. *Bissonnette*, où il a jugé que le mandat de l'avocat peut se prouver par témoins. En effet l'avocat peut prouver ce mandat par son propre serment, ce qui me paraît rendre admissible la preuve testimoniale. Voir du reste l'article 3595 S. R. P. Q. qui date de 1890 (Voy. aussi *infra*, p. 81, les causes citées).

(*b*) Pour empêcher que dans un cas semblable le créancier ne forme autant de demandes qu'il a de créances distinctes, et n'en fasse ainsi la preuve par témoins, l'article 1346 du Code Napoléon, reproduisant la règle de l'art. 6 de l'ordonnance de 1667, porte que toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formulées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura pas de preuve par écrit ne seront pas reçues.

(*c*) Le juge Langelier, n° 513. Mais remarquons que la *valeur* peut être indéterminée lors du contrat. Alors la preuve testimoniale sera ou ne sera pas permise, suivant que la valeur ensuite déterminée n'excédera ou excédera $50. Ainsi l'autorisation donnée par un propriétaire à son locataire pour faire faire des réparations ne pourra être prouvée

Il reste à resoudre quelques cas particuliers.

Une partie peut-elle, en réduisant le montant de sa réclamation à une somme de moins de $50, prouver un contrat fait pour une somme excédant ce chiffre?

La négative est certaine. La somme demandée fait partie d'un contrat qui ne peut être prouvé par témoins, ce qui amène l'application de l'article 1236. Le code Napoléon (art. 1343) en a une disposition expresse, laquelle eût été inutile dans notre droit.

Un prêt à intérêt pour une somme capitale de $50, peut-il se prouver par témoins?

Cette question est plus épineuse, mais j'admets l'affirmative. L'article 1233 autorise la preuve testimoniale lorsque le *principal* de la somme demandée n'excède pas $50. Je ne vois pas comment on peut hésiter en présence d'une disposition aussi formelle.

Le juge Langelier (n° 514) enseigne le contraire. Il dit que pour savoir si le fait en jeu intéressait les parties pour plus de $50, il faut prendre en considération, non seulement la prestation principale, mais aussi les prestations accessoires, comme les intérêts moratoires (*a*).

Je crois qu'il suffit de répondre que le législateur en a réglé autrement. Sans doute il faut se reporter au moment du contrat pour savoir si ce contrat peut être prouvé par témoins, mais l'article 1233 nous dit qu'il ne faut tenir compte que du *principal*. Cela étant, le chiffre de la demande devient indifférent, du moment que le capital n'excède pas $50.

Pour la même raison le créancier qui demande une somme de moins de $50, comme les intérêts d'une obligation pour une somme de plus de $50, ne pourra prouver cette obligation par témoins.

Quand on demande une somme de deniers en vertu d'une clause pénale, il faut compter cette somme avec le chiffre de la dette pour déterminer si la preuve testimoniale est admissible (*b*). Mais il en est autrement de dommages-intérêts ré-

---

par témoins si la valeur des réparations excède $50 : juge Jetté, *Larochelle* v. *Baxter*, 21 R.L., p. 87.

(*a*) M. Dorion (ouvrage cité, n° 79), admet la preuve testimoniale dans ce cas.

(*b*) De même la preuve d'une clause ou promesse de garantie dans une vente pour plus de $50 ne peut être faite par témoins : cour d'appel, *Tassé* & *Ouimet*, M. L. R., 3 Q. B., p. 312; même cour, *Daveluy* & *Vigneau*, 16 Q. L. R., p. 261.

Et dans le cas d'un bail fait au mois, à raison de $15 par mois, la clause résolutoire qu'il contient peut, comme le bail, être prouvée par témoins : magistrat Talbot, *Major* v. *Major*, 7 R. de J., p. 488.

clamés pour inexécution d'un contrat; ces dommages sont dus à raison d'une faute du débiteur et ne font pas partie du contrat (*a*).

Et quant à la preuve d'un paiement de moins de $50, il faut décider que la preuve testimoniale est admissible (*b*), sauf quand on demande à prouver ce paiement pour établir une interruption de prescription d'une dette excédant $50 (*c*).

S'il s'agit de faire la preuve d'un gage, devra-t-on considérer le montant de la créance, ou la valeur des objets donnés en gage? Le juge Mathieu (*David* v. *Perreault*, 15 R. L., p. 74) a jugé qu'on devait considérer le montant de la créance.

L'article 1233 parle de la *valeur demandée*. Comment prouvera-t-on cette valeur? Il est indubitable que cette preuve— lorsque le contrat ne fixe pas cette valeur—pourra se faire par témoins (*d*), et le juge évaluera le montant en litige d'après cette preuve. La charge de cette preuve incombe à celui qui demande à prouver le fait juridique par témoins. Dans le doute de savoir si cette valeur dépasse ou ne dépasse pas $50, la preuve testimoniale doit être refusée (*e*).

3° *Les cas où des biens fonds sont occupés avec la permission du propriétaire et sans bail, tel que pourvu au titre du louage.* — Il s'agit ici de la disposition de l'article 1608 aux termes duquel ceux qui occupent des héritages par simple tolérance du propriétaire, sans bail, sont réputés locataires et tenus de payer la valeur annuelle de tels héritages. Il suffit de renvoyer à cette disposition qui sera expliquée au titre *Du louage*, d'autant plus que la règle de l'article 1233, quant à la preuve de cette occupation, ne peut souffrir aucune difficulté. L'occupation par to-

---

(*a*) M. Beaudry-Lacantinerie, No 1262.

(*b*) Voyez en ce sens la décision du juge Meredith, *Massé* v. *Côté*, 5 Q. L. R., p. 145; celle du juge White, *Connors* v. *Chambers*, 3 R. de J., p. 312, et celle du juge Papineau, *Mayer* v. *Léveillé*, M. L. R., 3 S.C., p.190.

Mais si le paiement excède $50? Le juge Rainville, dans la cause de *Montchamp* v. *Perras*, 24 L. C. J., p. 231, a décidé qu'un tel paiement et la reconnaissance que le créancier en aurait faite, ne pourraient être prouvés par témoins, lors même que ce paiement aurait servi à éteindre deux dettes de moins de $50 provenant de deux obligations différentes La cour de revision a discuté la même question dans la cause de *Bethune* v. *Charlebois*, 23 L. C. J., p. 222.

(*c*) Je parle d'une dette civile; nous verrons qu'une autre règle a été posée dans les matières commerciales.

(*d*) Qu'on le remarque bien, il ne s'agit pas ici de prouver le contrat, mais seulement le montant de ce contrat, afin précisément de déterminer si ce contrat peut se prouver par témoins.

(*e*) Voy. le juge Langelier, nos 521, 522.

lérance est, en effet, un simple fait; or les faits peuvent toujours se prouver par témoins.

4° *Le cas de dépôt nécessaire ou de dépôt fait par des voyageurs dans une hôtellerie, et autres cas de même nature.* — Puisque le dépôt nécessaire peut se prouver par témoins, il n'était pas nécessaire de mentionner le dépôt fait par des voyageurs dans une hôtellerie, car ce dépôt est regardé comme un dépôt nécessaire (art. 1814). D'ailleurs, il s'agit ici d'un fait matériel et non pas d'un contrat, et partant il y a ouverture à la preuve testimoniale (*a*).

Sans anticiper plus qu'il ne faut sur une matière à laquelle le code consacre un titre spécial, je dirai que le dépôt se divise en *dépôt simple* et en *séquestre*. Il y a deux espèces de dépôt simple, le *dépôt volontaire*, qui est un contrat consensuel et se prouve comme tout autre contrat (art. 1799), et le *dépôt nécessaire* qui n'est qu'un fait.

Le *dépôt nécessaire*, d'après l'article 1813, est "celui qui a "lieu par une nécessité imprévue et pressante provenant d'un "accident ou de force majeure, comme dans le cas d'incendie, "naufrage, pillage ou autre calamité soudaine" (*b*). Et cet article ajoute que le dépôt nécessaire est sujet aux mêmes règles que le dépôt volontaire, sauf quant au mode de le prouver.

Donc, si le dépôt a eu lieu par une nécessité imprévue et pressante provenant d'un accident ou d'un cas de force majeure, il pourra se prouver par témoins.

Dans le cas des voyageurs, l'article 1677 porte que le voyageur doit être pris à son serment sur la valeur des choses composant son bagage (*c*). Cette disposition avait sa raison d'être

(*a*) La cour de revision, dans la cause de *Sébastien* v. *Durocher*, 21 R.L. p. 240, a jugé que le dépôt d'un billet promissoire pour un montant excédant $50 pouvait être prouvé par témoins, lorsque les circonstances dans lesquelles il avait été fait pouvaient faire naître la présomption du dépôt. D'autre part le juge Torrance, dans une cause de *Johnson* v. *Longtin*, 24 L. C. J., p. 292, et 3 L. N., p. 86, a jugé que le fait de mettre un cheval sous la garde de quelqu'un pour pâturage ne constituait pas un dépôt qui pouvait être prouvé par témoins.

(*b*) Je ne m'arrêterai pas maintenant à discuter la question de savoir si cette définition du dépôt nécessaire diffère de celle qu'en donne l'article 1949 du Code Napoléon. Le juge Langelier (n° 259) trouve les termes de notre définition plus restrictifs. Je crois qu'il vaut mieux réserver cette question qui trouvera plus naturellement sa place au titre *Du Dépôt*.

(*c*) Cet article s'applique à la responsabilité des voituriers, mais l'article 1816 dit que les règles qu'il contient s'appliquent également à la responsabilité des personnes qui tiennent auberge, maison de pension et hôtellerie.

alors que les parties ne pouvaient témoigner en leur faveur. Mais aujourd'hui, même la restriction qu'elle comportait—la modicité de la valeur des choses perdues—n'empêcherait pas dans ce cas, comme dans tout cas de dépôt nécessaire, le déposant de prouver la valeur des choses déposées, sauf la preuve contraire (*a*).

Aux termes de l'article 1672, les voituriers par terre et par eau, sont assujettis, pour la garde et conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes? Est-ce à dire que le contrat fait avec le voiturier peut se prouver par témoins (*b*)? Il est indiscutable que s'il n'y avait que cette disposition, la négative serait certaine. Mais ce contrat constituant une matière commerciale (*c*), tombe sous l'empire du premier paragraphe de l'article 1233, et partant peut se prouver par témoins (*d*).

5° *Le cas d'obligations résultant des quasi-contrats, délits et quasi-délits, et tout autre cas où la partie réclamante n'a pas pu se procurer une preuve écrite.* — Il ne faut voir ici que la règle qui permet la preuve testimoniale au cas où il a été impossible de se procurer une preuve écrite. La condition de l'impossibilité de la preuve écrite ne paraît décretée que pour les cas autres que les quasi-contrats, délits et quasi-délits, et pourtant elle s'applique à toute la disposition. Dans le cas du quasi-contrat résultant du paiement de l'indu, la partie réclamante pouvait facilement se procurer une preuve écrite de son paiement; donc, à moins qu'il ne s'agisse d'un paiement n'excédant pas $50, la preuve n'en pourra se faire par témoins (*e*). Le quasi-contrat de gestion

---

(*a*) Voy. dans tous les cas les décisions suivantes, dans lesquelles ces articles (1677 et 1816) ont été appliqués : juge Bruneau, *Robson* v. *Hooker*, 3 L. C. J., p. 86; juge Badgley, *Macdougall* v. *Torrance*, 4 L. C. J., p. 132; juge Mathieu, *Nelson* v. *Canadian District Tel. Co.*, 6 L. N., p. 184; juge Meredith, *Cadwallader* v. *Grand Trunk Railway Co.*, 9 L. C. R., p. 169.

(*b*) La cour d'appel, dans la cause de *Canadian Express Co. & Letourneux*, 13 R. L., p. 693, a permis à l'expéditeur de prouver, par témoins, que l'agent de la compagnie d'expédition avait compté l'argent déposé, même lorsque le reçu donné par ce dernier déclarait seulement qu'il avait été représenté que le paquet contenait une somme déterminée.

(*c*) Voy. en ce sens la décision du juge Pagnuelo, dans une cause de *Davidson* v. *Canada Shipping Co.*, 19 R. L., p. 558, et M. L. R., 6 S. C. p. 388.

(*d*) M. Dorion, n° 53, pour arriver à cette solution invoque les termes de notre article "ou autres cas de même nature." Je crois qu'il suffit de dire que le contrat est commercial de sa nature.

(*e*) Le juge Langelier, nos 535 et suiv.; M. Dorion, nos 34 et suiv. Comp., pour le droit français moderne, M. Baudry-Lacantinerie n° 1227.

d'affaires, au contraire, exclut la possibilité d'une preuve par écrit, puisque ce quasi-contrat suppose que l'affaire a été gérée hors de la connaissance du propriétaire (*a*). Donc il y a ouverture à la preuve testimoniale. Il en est de même des délits et quasi-délits; ce sont des faits illicites, et ils se prouvent comme tout autre fait matériel et, du reste, il y a impossibilité de se procurer une preuve écrite.

6° *Les cas où la preuve écrite a été perdue par cas imprévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse ou d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante, et ne peut-être produite.* — Le législateur suppose ici qu'il a existé ou qu'il existe une preuve écrite, mais que cette preuve ne peut être produite parce que elle a été perdue par cas imprévu, ou qu'elle se trouve, sans collusion de la part de la partie réclamante, en la possession de la partie adverse ou d'un tiers. En d'autres termes, lorsque la partie se trouve dans l'impossibilité de produire l'écrit qui a été dressé—et qui doit avoir été une preuve complète—elle peut prouver le contrat par témoins.

Cela étant, examinons les cas où il y a impossibilité de produire l'écrit qui a été dressé du contrat.

L'écrit a été perdu par cas imprévu. — Il ne s'agit pas ici d'un cas fortuit ou de force majeure, mais d'un événement qu'on n'a pu prévoir (*b*). Ainsi on a déposé un document au greffe, où il a été écarté, ou bien la maison où il se trouvait a été détruite. Dans tous ces cas il y aura admissibilité de la preuve testimoniale, à la condition toutefois que la partie réclamante ne soit pas elle-même en faute (*c*).

L'écrit se trouve en la possession de la partie adverse ou d'un tiers.—Alors, à la double condition qu'il n'y ait pas collusion entre le possesseur de l'écrit et la partie réclamante, et que cet écrit ne puisse pas être produit, l'on pourra prouver le contrat par témoins. Il n'y aurait pas impossibilité de produire un écrit si on pouvait assigner le possesseur de l'écrit et le forcer de

(*a*) Les actes de gestion, même les paiements faits à un tiers, peuvent se prouver par témoins, car bien qu'on aurait pu obtenir une reconnaissance écrite de ces paiements du tiers à qui ils ont été faits, ces reconnaissances ne constituent aucune preuve à l'égard de celui contre qui on les invoque.

(*b*) Lorsqu'un document a été annulé et détruit par les parties elles-mêmes, qui ont voulu annuler la convention qu'il contenait, ceci ne contitue pas un cas imprévu qui pourrait faire admettre plus tard la preuve testimoniale du contenu de ce document, et telle preuve serait illégale: juge Tellier, *Hétu* v. *Brasseur*, 8 R. de J., p. 1.

(*c*) Voy. la décision du juge Sicotte dans la cause de *Guèrremont* v. *Girouard*, 3 R. L., p. 36.

le produire. Or si ce possesseur est dans la juridiction du tribunal, il peut être forcé de produire l'écrit en question (art. 298, 330, 334 C. P. C.), et même s'il ne veut pas s'en déposséder, il peut en être pris copie, et si l'écrit est sous seing privé, la copie certifiée par le protonotaire fait foi de même que si l'original avait été produit (art. 334 C. P. C.). Donc quand la partie réclamante peut recourir à ce mode de preuve, la preuve testimoniale lui est interdite (*a*).

Il va sans dire qu'on peut prouver par témoins la perte d'un écrit. Quand cette preuve préliminaire est faite, on doit prouver ce que renfermait l'écrit par des témoins qui l'ont lu. Il faut, bien entendu, que cet écrit ait constitué une preuve complète du fait juridique, car autrement il serait inutile d'en établir le contenu.

D'après le juge Badgley (*Russel* v. *Guertin*, 10 L. C. J., p. 133) la preuve préliminaire de la perte de l'écrit doit se faire par affidavit. Mais je crois que cette preuve peut se faire de toutes manières.

La disposition du paragraphe 6 de l'article 1233 s'applique lorsque la minute d'un acte notarié est disparue sans la faute des parties, par suite d'une cause inexplicable (*Filiatrault* v. *Feeny*, R. J. Q., 20 C. S., p. 11). Cependant la preuve testimoniale du contenu de l'acte ne serait permise qu'à défaut de copie authentique pouvant tenir lieu de l'original suivant les dispositions des articles 1217 et 1218.

Un ancien titre, comme la concession d'un fief par la couronne de France, est un fait dont la preuve est soumise aux règles ordinaires, et la preuve secondaire en serait admise s'il était constaté que le titre originaire de concession et les registres où il était consigné ont été détruits par des incendies: juge Routhier, *Queen* v. *Dennistown*, 15 Q. L. R., p. 353.

La preuve testimoniale du contenu d'un écrit doit toujours être interprétée, lorsqu'elle est douteuse, en faveur de la partie qui, sans aucune faute de sa part, se trouve privée de la production du document: juge Andrews, *Lapointe* v. *Samson*, R. J. Q., 15 C. S., p. 14.

(*a*) J'ai rapporté, sous l'article 1204, la décision du conseil privé dans la cause de *Forget* v. *Baxter*. Là, la matière était commerciale, mais il ne s'agissait pas de savoir si la preuve testimoniale était admissible, mais si on pouvait recourir à une preuve secondaire de l'avis donné par un courtier à son client d'achats ou ventes qu'il avait faits pour lui. Le conseil privé a invoqué le paragraphe 6 de l'article 1233 pour permettre la preuve testimoniale, mais j'ai critiqué cette décision parce que, dans l'espèce, le courtier n'avait pas tenté de faire produire, par son client, l'original des avis, ce qu'à mon avis, il aurait dû faire

Dans le cas d'actions basées sur des lettres de change ou des billets perdus, la loi permet la preuve de leur contenu, mais celui qui réclame le montant de ces effets négociables doit donner au débiteur une garantie jugée suffisante par le tribunal contre toutes réclamations relatives à ces effets (article 69 de l'Acte des lettres de change 1890) ; et sur cette question je puis citer les causes suivantes décidées par la cour d'appel : *Carden & Ruiter,* 15 L. C. R., p. 237, et *Lewis & Walters,* 16 R. L., p. 640, et M. L. R., 4 Q. B., p. 256.

7° *Le cas où il y a un commencement de preuve par écrit.*— C'est ce cas qu'on invoque le plus souvent dans la pratique, et quand ce commencement de preuve par écrit existe, et qu'il couvre tous les faits qu'on demande à prouver, on peut établir ces faits par témoins, quel que soit le montant en jeu.

Notre code ne définit pas le commencement de preuve par écrit. D'après Pothier (*a*), le commencement de preuve par écrit existe " lorsqu'on a contre quelqu'un, par un écrit authen-" tique où il était partie, ou par un écrit privé, écrit ou signé de " sa main, la preuve, non à la verité du fait total qu'on avance, " mais de quelque chose qui y conduit."

Aux termes de l'article 1347 du code Napoléon, le commencement de preuve par écrit est " tout acte par écrit qui est éma-" né de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui " qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué."

Cette définition ne diffère pas essentiellement de celle de Pothier et nous pouvons l'accueillir dans notre droit. Il faut donc le concours de trois conditions pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit : 1° qu'il y ait un écrit ; 2° que cet écrit émane de la partie ou de celui qu'elle représente ; 3° qu'il rende vraisemblable le fait à prouver.

Et d'abord il faut qu'il y ait un écrit, mais il n'est pas nécessaire que cet écrit constitue un *acte.* Du reste la déposition de la partie peut servir de commencement de preuve par écrit lorsqu'elle contient des admissions qui rendent le fait allégué vraisemblable (art. 316 C. P.) (*b*).

L'écrit doit émaner de la partie elle-même ou de celui dont elle est l'ayant-cause. L'écrit émané du représentant ou mandataire de la partie peut également servir de commencement de preuve comme il pourrait servir de preuve complète. Il n'est pas nécessaire qu'il soit signé par la partie, ni même que celle-ci

(*a*) *Obligations,* n° 801.

(*b*) Il importe peu que la partie soit interrogée sur faits et articles ou comme témoin.

l'ait écrit de sa main, comme l'exigeait Pothier. Il suffirait que l'écrit ait été dressé par un tiers sous la dictée de la partie, car il serait alors son œuvre et émanerait d'elle, mais l'on ne pourrait prouver autrement que par l'aveu de la partie elle-même que l'écrit a été fait sous sa dictée.

Enfin l'écrit doit rendre vraisemblable le fait qu'on demande à prouver, autrement il serait sans conséquence. Ainsi A qui allègue avoir prêté $100 à B, produit une lettre de celui-ci lui demandant l'avance de cette somme. Cette lettre rend le fait allégué vraisemblable.

Du reste, une courte revue de la jurisprudence expliquera les conditions que j'ai indiquées succinctement.

J'ai dit qu'il fallait un écrit. Je dois cependant citer la cause de *Lefebvre* v. *Bruneau,* 14 L. C. J., p. 268, dans laquelle la cour de revision a décidé que la possession en fait de meubles équivaut à un commencement de preuve par écrit, suffisant pour permettre au possesseur d'expliquer sa possession par une preuve testimoniale (*a*). Semblable décision du juge Tellier dans la cause de *Boucher* v. *Bousquet,* M. L. R., 5 S. C., p. 11.

L'aveu de la partie dans sa déposition ou dans ses réponses à des interrogatoires constituera un commencement de preuve par écrit s'il rend le fait allégué vraisemblable, ou s'il contient un indice de l'obligation réclamée (*b*) : cour d'appel, *Blais & Moreau,* 3 R. de L., p. 355 ; même cour, *Cox & Patton,* 18 L. C. J., p. 316 ; cour de revision, *David* v. *Goyer,* R. J. Q., 3 C. S., p. 178 (*c*). Ainsi l'aveu du défendeur qu'il a accepté la proposition du demandeur d'acheter son immeuble à la condition

---

(*a*) Je puis mentionner ici l'article 776 C. C., qui semble permettre sans restriction la preuve testimoniale de la donation de choses mobilières accompagnée de délivrance : c'est d'ailleurs ce qu'ont jugé la cour d'appel (*Mahoney* & *McCready*, 15 L. C. R., p. 274, et 1 R. C., p. 237), et le conseil privé (*Richer* & *Voyer*, 5 R. L., p. 591).

(*b*) Le témoignage de celui dont la partie n'est que l'ayant-cause particulier (son vendeur par exemple), ne peut servir contre elle comme commencement de preuve par écrit : cour de revision, *Lecompte* v. *Laflamme*, 9 Q. L. R., p. 140.

Le témoignage du mandataire ne peut servir de commencement de preuve par écrit contre le mandant que s'il est donné pendant la durée du mandat et s'il est relatif à l'exécution du mandat ; le juge Lynch s'est prononcé en ce sens dans la cause de *Knox* v. *Boivin*, R. J. Q., 4 C. S., p. 311 ; son jugement dans cette cause a été confirmé en appel, mais pour d'autres motifs (R.J.Q., 4 B. R., p. 247, *Henderson* & *Boivin*.) Voy. aussi *Pinsonneault* & *Desjardins*, 24 L. C. J., p. 100, cour d'appel.

(*c*) La question de savoir si la déposition d'une partie dans une cause rend ou non vraisemblable un fait allégué est une question de fait entièrement abandonnée à l'appréciation des tribunaux : juge Mathieu, *Kay* v. *Gibeau*, 16 R. L., p. 411.

qu'un tiers y consentirait, ne constitue pas un commencement de preuve par écrit du contrat de promesse de vente: juge Larue, *Coulombe* v. *Boulanger,* 15 Q. L. R., p. 268, et cour de revision, même cause, 15 Q. L. R., p. 274. Cette dernière cour, dans une cause de *Beaudry* v. *Ouimet,* 9 L. C. J., p. 158, a jugé que l'aveu d'une partie dans une cause a un effet rétroactif comme commencement de preuve par écrit pour rendre légale la preuve testimoniale prise antérieurement dans la cause, malgré qu'objection y ait été faite. La même cour, dans l'affaire de *Turcotte* v. *Nacké.* 7 Q. L. R., p. 196, a décidé que les contre-interrogatoires faits par une partie aux témoins de la partie adverse ne peuvent former contre elle-même un commencement de preuve par écrit, mais que les questions posées par la partie à ses propres témoins en examen en chef peuvent en constituer un.

Le commencement de preuve par écrit peut résulter d'entrées faites dans les livres de la partie défenderesse: cour de revision, *Scanlan* v. *Smith,* R. J. Q., 6 C. S., p. 58.

L'écrit doit émaner de la partie ou de celui qu'elle représente. Ainsi l'écrit émanant d'un testateur pourra servir après son décès contre son légataire universel. Le commencement de preuve par écrit peut même être opposé au successeur à titre particulier de la partie, par exemple à celui auquel elle a transporté les droits que ce successeur invoque: cour d'appel, *Walters & Cassidy,* R. J. Q., 3 B. R., p. 270. Dans cette dernière cause il a aussi été jugé que l'écrit qui émane du mandataire de la partie peut servir de commencement de preuve par écrit contre elle lorsque cet écrit a été fait dans l'exécution du mandat confié à ce mandataire. La même cour dans la cause de *Montreal Loan and Mortgage Co. & Leclair,* M. L. R., 6 Q. B., p. 374, a donné pareille force à un écrit ou mémoire fait par l'employé de la partie, et supporté par le témoignage de cet employé. Une lettre écrite par le mandant à son mandataire pourra servir de commencement de preuve contre le mandant en faveur d'un tiers: cour d'appel, *Nault & Price,* 4 D. C. A., p. 348. Une lettre reçue par une partie et restée entre ses mains pourrait même servir de commencement de preuve contre elle en faveur de celle qui l'a écrite: cour d'appel, *Thomas & Archambault,* 9 L. C. J., p. 203.

Les notes prises par le notaire pour préparer un acte entre des parties qui sont en pourparlers ne peuvent servir de commencement de preuve par écrit: juge Curran, *Lavallée* v. *Leroux,* R. J. Q., 11 C. S., p. 496.

La question de savoir si un écrit quelconque rend vraisemblable le fait allégué, et peut être invoqué comme commencement

de preuve par écrit, est une question de fait entièrement abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Je puis citer comme exemple les deux causes suivantes dans lesquelles la cour d'appel a trouvé que l'écrit, un reçu dans le premier cas, et une lettre dans le second cas, était suffisant pour constituer un commencement de preuve par écrit, de l'extinction d'une dette, dans le premier cas, et d'une vente dans le second cas: *Lavoie & Gagnon*, 1 L. C. L. J., p. 35; *Lamont & Ronayne*, cause citée sous l'article 1235 dans le code civil annoté de DeBellefeuille. Je puis aussi citer la cause de *Voligny* v. *Palardy*, M. L. R., 4 S. C., p. 108, dans laquelle le juge Tellier a trouvé, avec raison, qu'un écrit dans lequel un créancier reconnaît avoir manifesté l'intention de faire don et remise de sa créance à son débiteur, pour des motifs à lui connus, est suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de la remise de la dette.

Ce qui est suffisant dans un cas pour constituer un commencement de preuve par écrit, peut bien être insuffisant dans un autre cas. Ainsi la cour de revision (*Auclil* v. *Déchène*, 6 Q. L. R., p. 317) a décidé que ce qui serait suffisant dans le cas d'un prêt ou d'un dépôt pourrait être insuffisant dans le cas d'une vente d'immeuble.

Dans tous les cas l'écrit qu'on invoque doit parler précisément du fait qu'il s'agit de prouver; et il ne suffit pas, s'il ne parle que d'un fait étranger, duquel, par induction, on prétendrait tirer la vérité de celui dont il s'agit: cour de revision, *Laliberté* v. *Roy*, R. J. Q., 11 C. S., p. 18.

Un écrit ne peut être invoqué comme commencement de preuve s'il appert qu'il existe un autre écrit plus précis et plus direct, et si l'on ne démontre point que ce dernier n'a pu être obtenu ou produit: juge Andrews, *Gilchrist* v. *Lachaud*, 14 Q. L. R., p. 278, et cour de revision, même cause, 14 Q. L. R., p. 366.

Le fait d'avoir daté un contrat par écrit d'un lieu autre que celui où il a été fait et signé, est suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale quant à l'endroit où le contrat a eu lieu: juge Mathieu, *Riopelle* v. *Fleury*, 12 R. L., p. 85, et conseil privé, même cause, 12 App. Cas., p. 110, et 13 Q. L. R., p. 286. Mais le fait d'avoir signé un écrit comportant l'obligation de payer un montant qui est laissé en blanc, n'est pas suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale quant au montant dû: cour de revision, *Gauthier* v. *Rioux*, R. J. Q., 19 C. S., p. 273.

Enfin l'écrit qu'on invoque comme commencement de preuve par écrit doit avoir une valeur légale. Par exemple, un billet prescrit ne pourrait servir comme commencement de preuve par

écrit de la dette dont il constate l'existence: cour de revision, *Vachon* v. *Poulin,* R. J. Q., 12 C. S., p. 323 (*a*).

Comme je l'ai dit, l'énumération de l'article 1233 est limitative. En effet, après avoir fait cette énumération, notre article ajoute: "*dans tous les autres cas,* la preuve doit se faire au "moyen d'écrits ou par le serment de la partie adverse." C'est l'application du principe que j'ai posé au commencement de la section qui précède, que la preuve littérale est la règle, la preuve testimoniale l'exception. Constatons seulement que le législateur assimile la preuve par l'aveu de la partie à la preuve par écrit. J'utiliserai cette assimilation dans l'explication de l'article 1235.

Il me reste à mentionner certaines autres décisions relatives à la preuve testimoniale.

La promesse de mariage ne tombe pas parmi les exceptions aux règles de la preuve, et elle ne peut être établie sans un écrit ou un commencement de preuve par écrit: ainsi jugé dans une ancienne cause de *Asselin* v. *Belleau*, 1 R. de L., p. 46, et par le juge Wurtele dans une cause de *Cameron* v. *Steele*, 11 L. N., p. 234.

Le mandat de l'avocat *ad litem* peut-il être prouvé oralement? Le juge Torrance (*Longpré* v. *Patenaude*, 20 L. C. J., p. 28) a décidé qu'il fallait un commencement de preuve par écrit pour établir ce mandat. Mais le juge Tellier (*St-Pierre* v. *Lepage,* R. J. Q., 6 C. S., p. 511) a jugé que l'avocat pouvait prouver par son propre serment la réquisition de ses services. Il y a, dans le même sens, une décision du juge Fortin dans une cause de *Mireault* v. *Bissonnette* non encore rapportée. Voy. du reste l'article 3595 S. R. P. Q., tel que modifié, en 1890, par le statut 54 Vict., (Qué.), ch. 32.

La preuve de conventions intervenues entre les parties ou leurs procureurs, et suffisantes pour interrompre la péremption d'instance, ne peut être faite que par écrit: juge Torrance, *Phaneuf* v. *Cochrane*, 22 L. C. J., p. 106: juge Mathieu, *Daoust* v. *Daoust*, R. J. Q., 11 C. S., p. 438.

Dans une action en réclamation de dîme, le défendeur ne peut prouver par témoins l'avis de dissidence qu'il a donné au curé catholique: juge Berthelot, *Proulx* v. *Dupuis,* 16 L. C. R., p. 172.

(*a*) Ce jugement a été confirmé en appel, R. J. Q., 7 B. R., p. 60, mais sans toucher à ce point.

Dans le cas de saisie revendication de meubles la preuve de la propriété des effets saisis, quelle qu'en soit la valeur, peut se faire par témoins (*a*) : juge Wurtele, *Sanche* v. *Sabourin* 11 L. N., p. 218 ; cour de revision, *Boardman* v. *Heskin*, 18 R. L., p. 257. Il en est de même de la preuve du refus, fait par le détenteur d'effets mobiliers, de les livrer au propriétaire : juge Mathieu, *Bournot* v. *Robert*, R. J. Q., 1 C. S., p. 301.

Les articles 1286 et 1389 permettent à la femme de prouver par témoins la consistance et la valeur de son mobilier, et le juge Casault a décidé en ce sens la cause de l'*Hôpital Général* v. *Gingras*, 10 Q. L. R., p. 230.

V. Des cas où la preuve testimoniale est exclue, par exeption aux règles qui précèdent. — Il s'agit ici de matières dans lesquelles la preuve testimoniale serait admissible, si le législateur, par exception aux règles que j'ai exposées, ne l'avait expressément exclue. Ces exceptions sont au nombre de deux : 1° celle qui défend de contredire ou de changer, par une preuve testimoniale, les termes d'un écrit valablement fait ; 2° celle qui, en matière commerciale, exclut la preuve testimoniale en certains cas où la fraude était à redouter. J'expliquerai maintenant ces deux exceptions qui ont une importance capitale dans notre droit.

1° *De l'exclusion de la preuve testimoniale contre les écrits.*— J'ai dit qu'en matière de preuve, la preuve littérale est la règle, la preuve testimoniale, l'exception. Il s'ensuit naturellement que lorsqu'il y a un écrit, même dans une matière où la preuve par témoins serait admissible, c'est cet écrit seul qui régit les droits des parties, et qu'on ne peut le contredire ou le modifier par une preuve testimoniale. C'est la règle que porte l'article 1234 en ces termes :

1234. " Dans aucun cas la preuve testimoniale ne peut être " admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit vala- " blement fait. "

(*a*) On peut dire d'ailleurs, quant au possesseur, que la possession, en fait de meubles, équivaut à un commencement de preuve par écrit. Voy. les causes de *Lefebvre* v. *Bruneau*, et *Boucher* v. *Bousquet*, citées plus haut, p. 78. Il y a une décision du juge Torrance (*Whyte* v. *Home Insurance Co.*, 14 L. C. J., p. 301), portant que même le possesseur d'un immeuble est autorisé par le fait de sa possession à faire une preuve par témoins des intérêts qu'il possède dans cet immeuble dont le titre apparent est au nom d'un autre. De même la jouissance pendant un temps immémorial d'un chemin sur la terre voisine, pour atteindre un fond enclavé, peut être prouvée par témoins : juge Andrews, *Perron* v. *Blouin*, 16 Q. L. R., p. 91.

Cette disposition n'est pas nouvelle dans notre droit. Dès 1566, nous trouvons, dans l'article par lequel l'ordonnance de Moulins décrétait qu'il serait passé contrats de toutes choses excédant la valeur de 100 livres, la défense de " recevoir aucune " preuve par témoins contre le contenu auxdits contrats, ni sur "ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors " et depuis. " Et l'ordonnance de 1667, titre 20, article 2, allait encore plus loin, car elle disait : " ne sera reçue aucune preuve " par témoins contre et outre le contenu des actes, ni sur ce qui " serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, " encore qu'il s'agit d'une somme moindre de 100 livres. "

Le code Napoléon a reproduit presque textuellement les dispositions des ordonnances, car l'article 1341 de ce code dit : " Il " n'est reçu aucune preuve par témoins contre ou outre le con- " tenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, " lors ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur " moindre de cent cinquante francs " (*a*).

Précisons maintenant la portée de notre article.

La première condition c'est qu'il y ait un écrit *valablement fait,* c'est-à-dire un écrit dressé avec soin, et qui prouve la convention. Un écrit informe, comme l'entrée dans un registre, pourrait certainement être contredit (*b*).

Maintenant, tout ce que notre article prohibe, c'est de *contredire ou changer* les termes d'un écrit ; il ne défend pas, comme les ordonnances et l'article 1341 du code Napoléon, la preuve par témoins *outre* le contenu des actes.

Les ordonnances excluaient la preuve testimoniale de ce qui était allégué avoir été dit *avant, lors, ou depuis les actes,* expression que contient également l'article 1341 C. N. En vue de ces différences, serait-il permis, dans notre droit, de prouver *outre* le contenu d'un acte ou d'établir ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis les actes ?

Je crois qu'on peut prouver *outre* le contenu d'un acte lorsque

---

(*a*) Le juge Langelier (n° 585) est d'avis que dans sa forme actuelle l'art. 1234 nous vient du droit anglais plutôt que du droit français.

(*b*) Un reçu doit être assimilé à un contrat, et comme ce dernier il ne peut être contredit ou changé par une preuve testimoniale : juge Loranger, *West* v. *Fleck*, 15 L. C. R., p. 422 ; juge Andrews, *Gilchrist* v. *Lachaud*, 14 Q. L. R., p. 278, et cour de revision, même cause, 14 Q.L.R., p. 366. Celui qui dans un reçu désignerait une autre personne comme propriétaire de certains effets ne pourrait ensuite prouver par témoins qu'il était lui-même le propriétaire réel de ces effets : juge Davidson, *Hall* v. *McBean*, R. J. Q., 3 C. S., p. 242.

cette preuve ne tend pas à *contredire* ou à *changer* les termes de cet acte (*a*).

Ainsi lorsqu'un écrit n'est pas daté, l'une des parties peut prouver par témoins sa date, à l'encontre de l'autre partie (*b*). Mais la preuve testimoniale ne serait pas admise pour prouver une convention que l'écrit n'enonce pas, car une telle preuve tend à changer l'acte. Je puis ajouter, d'une manière générale, que ce qui s'est dit avant l'acte ou lors de sa passation ne peut être prouvé par témoins, car il faut présumer que l'écrit énonce la seule convention des parties, et alors leurs dires sont indifférents (*c*). Mais on permet, quand le sens d'un acte est douteux, de prouver par témoins les circonstances des parties afin de démontrer ce qu'elles ont voulu faire (*d*).

Quant à l'interprétation des écrits, il faut observer qu'on peut appeler des témoins pour expliquer un écrit, lorsque cet écrit est indéchiffrable, ou lorsqu'il a été dressé dans une langue que le tribunal n'entend pas. Bien qu'en principe le notaire ou les parties ne puissent témoigner sur le sens de l'acte qui parle par lui-même (juge Mackay, *Colson* v. *Ash*, 18 L. C. J., p. 191), on peut cependant prouver le sens que la coutume ou l'usage du commerce attache à des expressions techniques ou obscures, ou même à des expressions claires par elles-mêmes mais auxquelles l'usage donne un sens particulier (juge Alleyn, *Caird* v. *Webster*, 9 Q. L. R., p. 158).

Il arrive également, surtout dans les testaments, que la preuve testimoniale fournisse le seul moyen de connaître la personne que le testateur entendait gratifier, comme un legs fait à un

---

(*a*) C'est ainsi qu'il serait permis de suppléer à l'acte quant à la valeur, par la preuve du quantum qui n'y est pas déterminé : cour d'appel, *O'Keefe* & *Desjardins*, 30 L. C. J., p. 280, et 4 D. C. A., p. 300.

(*b*) Le juge Langelier, n°590. Voy. les causes de *Riopelle* v. *Fleury*, et *Gauthier* v. *Rioux*, cités plus haut, p. 80.

(*c*) Voy. en ce sens les causes suivantes : cour d'appel, *Chamberlin* & *Ball*, 11 L. C. R., p. 50, et 5 L. C. J., p. 88 ; cour de revision, *Lemontais* v. *Amos*, 5 R. L., p. 353 ; cour d'appel, *Dominion Oil Cloth Co.*, & *Martin*, 6 L. N., p. 344 ; même cour, *O'Keefe* & *Desjardins*, 30 L. C. J., p. 280, et 4 D. C. A., p. 300 ; même cour, *Anderson* & *Battis*, 17 R. L., p. 99, et 15 Q. L. R., p. 196 ; cour de revision, *Decelles* v. *Samoisette*, M. L. R., 4 S. C., p. 361, et 32 L. C. J., p. 236 ; même cour, *Swift* v. *Angers*, 16 Q. L. R., p. 163 ; juge Pagnuelo, *Hébert* v. *St-Cyr*, 1 R. de J., p. 246 ; cour de revision, *Hamilton* v. *Jones*, R. J. Q., 10 C. S., p. 496 ; même cour, *Letellier* v. *Cantin*, R. J. Q., 11 C. S., p. 64.

(*d*) Le juge Langelier, n° 599 ; *Hudon* v. *Hudon*, R. J. Q., 9 C. S., p. 162, Mathieu J.; cour d'appel, *Woodbury* & *Garth*, 9 L. C. R., p. 438 ; juge Badgley, *Fowler* v *Stirling*, 3 L. C. J., p. 103 ; juge Archibald, *Walker* v. *Brown*, R. J. Q., 19 C. S., p. 23.

valet de chambre. Mais le notaire ou les témoins au testament ne peuvent, sous prétexte de l'obscurité de ses termes, rendre témoignage sur l'intention du testateur: juge Mathieu, *De Salaberry* v. *Faribault*, 11 R. L., p. 621. En principe, il n'est pas permis de prouver, par les dires des parties lors de la passation de l'acte, la manière dont elles ont elles-mêmes entendu cet acte, quoiqu'on puisse prouver, par témoins, le mode d'exécution que l'acte a reçu.

Peut-on prouver par témoins qu'après le contrat que l'écrit constate, les parties ont fait une convention verbale pour le modifier ou l'annuler?

Si la matière est d'elle-même susceptible de preuve testimoniale, d'après les règles déjà énoncées, je crois que l'affirmative n'est pas douteuse (*a*). En effet, on ne demande pas à contredire l'écrit ou à changer ses termes, mais à établir l'existence d'une nouvelle convention, qui n'a pas été dressée par écrit. C'est ce qu'enseigne le juge Langelier, nos 605 et suiv.

L'on peut prouver par témoins l'erreur, le dol, la violence ou tout autre vice du consentement, et, je l'ai dit ailleurs, la simulation. Il est loisible aussi à la femme de faire la preuve testimoniale des faits propres à démontrer qu'elle s'est obligée pour une dette de son mari, nonobstant toute déclaration contraire contenue dans l'acte par lequel elle s'est obligée (*b*).

(*a*) Voy. sur ce point les décisions suivantes: juge Doherty, *Fortier* v. *Bédard*, R. J. Q., 4 C. S., p. 78; juge Johnson, *Easman* v. *Rolland*, 2 L. C. L. J., p. 216; juge Mathieu, *Labelle* v. *Pesant* dit *Sans-Cartier*, 14 R.L., p. 306; cour d'appel, *Jeffery* & *Webb*, M. L. R., 3 Q. B., p. 147.

(*b*) Voy. sur ce dernier point les causes de *Mercille* & *Fournier*, 9 L.C. R., p. 300, et de *Mailhiot* & *Brunelle*, 15 L. C. J., p. 197, jugés par la cour d'appel.

Quant à l'admission de la preuve testimoniale pour prouver l'erreur qui se rencontre dans un écrit, voyez les causes suivantes: cour d'appel, *Ætna Life Insurance Co.* & *Brodie*, 20 L. C. J., p. 286, et cour suprême, même cause, 5 *Supreme Court Repts.*, p. 1; juge Caron, *Worthington* v. *Jacques*, 3 L. N., p. 143; juge Mathieu, *Compagnie de prêt et de crédit foncier* v. *Santerre*, 14 R. L., p. 453. Lorsqu'un acte notarié a été rédigé et lu dans une langue que ne comprenait pas l'une des parties, il y a lieu pour elle de prouver par témoins que l'acte ne renferme pas la convention voulue: cour de revision, *Noble* v. *Lahaye*, 1 R. L., p. 197.

Il ne sera permis de prouver la fraude par témoins que si cette fraude se rattache immédiatement à l'écrit, et si la partie lésée n'a pas pu se protéger lors de la confection de l'écrit: juge Andrews, *Gilchrist* v. *Lachaud*, 14 Q. L. R., p. 278, et cour de revision, même cause, 14 Q. L. R., p. 366.

La preuve par témoins de la simulation d'un acte ne vaudra point à l'encontre d'un tiers de bonne foi: cour d'appel, *Whitehead* & *Keiffer*, M. L. R., 4 Q. B., p. 236.

L'article 1234 n'exclut que la preuve testimoniale, et on ne pourrait se fonder, pour l'admettre, même sur un commencement de preuve par écrit (*a*). Mais on peut contredire un écrit au moyen d'un autre écrit et par l'aveu de la partie. Ajoutons que les tiers peuvent prouver à l'encontre d'un écrit qu'on leur oppose par tout genre de preuve (*b*).

Je n'insisterai pas davantage sur l'application que l'on peut donner à l'article 1234. La jurisprudence que je cite en fournit le meilleur commentaire.

Quand je dis qu'on peut contredire un écrit au moyen d'un autre écrit, il faut entendre en général par ce dernier un écrit postérieur à celui qu'on veut contredire. Car lorsqu'un écrit a été préparé et complété entre les parties on doit supposer qu'il contient toutes les conventions qu'elles ont voulu y faire entrer, et on ne doit pas tenir compte de lettres ou autres documents qui ont précédé la transaction: juge Jetté, *Mullarky* v. *McDougall*, M. L. R., 4 S. C., p. 89; cour suprême, *The City of Quebec & The North Shore Railway Co.*, 27 *Supreme Court Repts.*, p. 102. L'écrit requis pour contredire un autre écrit doit être complet et direct, et s'il ne constitue qu'un commencement de preuve par écrit il ne sera pas suffisant pour justifier la preuve testimoniale: cour suprême, *Bury & Murray*, 24 *Supreme Court Repts.*, p. 77; juge Mathieu, *Hudon* v. *Hudon*, R. J. Q., 9 C. S., p. 162. Mais le commencement de preuve par écrit constitué par l'aveu de la partie sera suffisant pour permettre la preuve testimoniale à l'encontre d'un écrit: juge Mathieu, *McConnell* v. *Miller*, M. L. R., 2 S. C., p. 270, et 20 R. L., p. 354; cour de revision, *Hurteau* v. *Bergeron*, 4 R. de J., p. 9 (*c*). Le juge Badgley s'est aussi prononcé en ce sens dans un jugement qui a été confirmé en appel sur d'autres points, *Joley & Charles* (cour d'appel, 15 L. C. R., p. 248). Mais l'aveu doit

---

(*a*) Il en est autrement en France en vertu de la disposition formelle de l'art. 1347 C. N.

(*b*) Voy. en ce sens la décision du juge Beaudry dans la cause de *Girard* v. *Bradstreet*, 4 R. L., p. 176. On peut même interroger, sur la considération d'un acte sur lequel on s'appuie, un témoin en faveur de qui cet acte a été consenti, et ce nonobstant les termes de l'acte, qui mentionnent une considération: juge Loranger, *Johnston* v. *Martin*, 5 R. L., p. 336.

(*c*) Je n'admets pas la doctrine de ces arrêts. Ou bien l'aveu constitue une preuve complète, et alors la partie qui le fait ne peut pas invoquer l'acte qu'elle a contredit elle-même; ou bien, l'aveu ne constitue qu'un commencement de preuve, insuffisant pour établir le fait allégué, et alors, il serait suprêmement illogique de se fonder sur cette preuve incomplète, pour autoriser une preuve testimoniale qui, aux termes de l'article 1234, ne peut-être admise.

être complet et direct: cour de revision, *Cross* v. *Bullis*, R. J. Q., 2 C. S., p. 321.

Je rappelle en passant la cause de *Schwersensky & Vineberg*, déjà citée *suprà* p. 59, et dans laquelle la cour suprême, 19 *Supreme Court Repts*, p. 243, a jugé que la prohibition de l'article 1234 n'était pas d'ordre public.

2° *Des cas où la preuve testimoniale est exclue en matière commerciale.* — Nous trouvons l'énumération de ces cas à l'article 1235, qui se lit comme suit:

1235. " Dans les matières commerciales où la somme de deniers ou la valeur dont il s'agit excède cinquante piastres (*a*), " aucune action ou exception ne peut être maintenue contre une " personne ou ses représentants sans un écrit signé par elle dans " les cas suivants:

" 1° De toute promesse ou reconnaissance à l'effet de soustraire " une dette aux dispositions de la loi relatives à la prescription " des actions;

" 2° De toute promesse ou ratification par un majeur d'obli- " gations par lui contractées pendant sa minorité;

" 3° De toute représentation, garantie ou assurance en faveur " d'une personne dans le but de lui faire obtenir du crédit, de " l'argent ou des effets;

" 4° De tout contrat pour la vente d'effets, à moins que l'a- " cheteur n'ait accepté ou reçu une partie, ou n'ait donné des " arrhes.

" La règle qui précède a lieu lors même que les effets ne doivent " être livrés qu'à une époque future, ou ne sont pas, au temps " du contrat, prêts à être livrés. "

Cet article nous vient du droit anglais et n'est que l'énonciation, avec quelques changements, de certaines dispositions de la loi célèbre comme sous le nom du *Statute of Frauds*, telle qu'elle a été modifiée par la loi, à peine moins célèbre dans l'histoire de la jurisprudence, que l'on dénomme Lord Tenterden's Act (*b*).

Je n'ai pas l'intention de faire l'historique de ces deux lois, car cette étude a été faite d'une manière complète par le juge Langelier, n°s 613 et suiv., et un simple renvoi me suffira. Mais il sera utile d'indiquer quelques différences entre ces statuts et notre article 1235.

(*a*) Avant le code, le montant était de $48.66⅔, c'est-à-dire, l'équivalent en notre monnaie de dix louis sterling. Les codificateurs ont substitué à cette somme celle de $50.

(*b*) Le *Statute of Frauds* fut passé dans la vingt-neuvième année du règne de Charles II, et *Lord Tenderden's Act*, en 1829. Le premier statut fut introduit dans notre droit par la loi 25 Georges II, ch. 2, art. 10, en 1785, et le second par la loi 10 et 11 Victoria, ch. 11, en 1847.

Le *Statute of Frauds* exigeait un écrit signé par la partie dans toute action fondée sur une promesse par un exécuteur ou administrateur de répondre personnellement des dommages causés par lui ès qualité, comme pour tout contrat qui ne devait pas être exécuté dans l'année. Rien de tel n'existe dans notre article. Ajoutons que le *Statute of Frauds* ne fixait la limite à dix louis sterling que pour les ventes de marchandises, tandis que la limite de $50 s'applique aux quatre cas de notre article.

Et quant à *Lord Tenterden's Act,* il est important de constater qu'il ne défend pas de prouver par témoins l'interruption de prescription qui résulte d'un paiement partiel, tandis que notre article pose justement la règle inverse.

Enfin, remarque très importante, l'exclusion de la preuve testimoniale existe dans notre droit, qu'il s'agisse d'une demande ou d'une défense, alors que, dans les statuts anglais, il n'est question que de l'action.

Il est clair que ces changements ont été faits à dessein et que notre article a partiellement abrogé les statuts anglais, ainsi que nos statuts provinciaux qui les avaient reproduits.

Donc, dans les quatre cas qu'il enumère et dont je m'occuperai plus loin, l'article 1235 exige un écrit signé par la partie, si la somme de deniers ou la valeur dont il s'agit excède cinquante dollars. Que faut-il entendre par somme de deniers ou valeur *dont il s'agit?* Je crois que la même réponse s'impose ici que dans le cas de l'article 1233. C'est le montant qui était en jeu lorsque le contrat ou la promesse qu'on veut prouver a été fait, et non pas celui que réclame l'action, que l'on doit considérer pour déterminer si la preuve testimoniale est admissible. Donc, si on demande le paiement d'une somme inférieure à cinquante dollars, l'écrit de la partie sera indispensable si cette somme fait partie d'une créance qui dépassait ce chiffre.

Maintenant, quand il y a lieu à l'application de l'article 1235, l'écrit doit être signé par la partie adverse, et il doit de plus fournir une preuve complète de la créance, car aucune preuve autre que cet écrit n'est admissible. Donc il ne suffira pas que cet écrit établisse un commencement de preuve par écrit (*a*). Mais je me hâte d'ajouter que l'aveu judiciaire de la partie ad-

---

(*a*) Ce point qui a été contesté autrefois est maintenant réglé par la jurisprudence récente de la cour d'appel, qui a décidé en ce sens les causes de *Charest* & *Murphy*, R. J. Q., 3 B. R., p. 376, et de *Massé* & *McEvilla*, R. J. Q., 4 B. R., p. 197. La même cour avait auparavant exprimé des doutes sur ce point dans la cause de *Truteau* & *Leblanc*, 4 R. L., p. 560.

verse, s'il constitue une preuve complète, peut suppléer à l'écrit qu'exige l'article 1235 (*a*).

Il n'est question, dans l'article 1235, que des matières commerciales. Il n'était pas besoin de mentionner les matières civiles, car l'article 1233 exclut la preuve par témoins en matière civile, quand le principal de la somme ou valeur réclamée excède $50. Cependant, sur un point, le législateur s'est montré plus rigoureux en matière commerciale qu'en matière civile. Pour celle-ci, il suffit qu'il y ait un commencement de preuve par écrit pour autoriser la preuve par témoins; en matière commerciale, au contraire, dans les quatre cas de l'article 1235, l'écrit doit fournir une preuve complète. Cette différence n'est pas logique, mais il faut donner effet à la volonté clairement exprimée du législateur.

Je viens d'indiquer à grands traits la portée générale de l'article 1235. Je vais maintenant m'occuper des quatre cas qu'il énumère.

(*a*). *De la preuve de renonciation à la prescription ou de son interruption.* — Comme il ne s'agit ici que des matières commerciales, les seules prescriptions auxquelles s'applique la règle de l'article 1235 sont les prescriptions courtes de cinq ans ou de moindre durée (*b*). Cela étant, une distinction s'impose. La prescription est-elle acquise, la créance se trouve absolument éteinte (art. 2267). Il faut donc un nouveau contrat, et l'écrit doit contenir une promesse formelle de payer la dette. Au contraire, la prescription est-elle en cours, une simple reconnaissance peut l'interrompre (*c*), et, pourvu que cette reconnais-

---

(*a*) C'est ce que la cour d'appel vient de juger dans la cause de *Guay & Guay*, comme elle l'avait déjà jugé dans la cause de *Douglass* v. *Ritchie*, 18 L. C. J., p. 274. Voy. dans le même sens la cause de *Charrier & Saint-Pierre*, R. J. Q., 19 C. S., p. 103, jugée par le juge Mathieu. Dans une cause de *David* v. *Goyer*, R. J. Q., 3 C. S., p. 178, la cour de revision a admis un aveu comme commencement de preuve par écrit, pour justifier la preuve testimoniale d'une renonciation à la prescription. Le juge Taschereau, dans un jugement qui a été confirmé en appel pour d'autres motifs (cour d'appel, *Cheval & Senécal*, 6 R. de J., p. 265), a exprimé l'opinion que le commencement de preuve par écrit qui pourrait résulter de la déposition de la partie ne pourrait remplacer l'écrit signé par elle que requiert l'article 1235. (Voy. dans le même sens les causes de *Charest & Murphy*, et de *Massé & McEvilla* citées dans la note précédente.)

(*b*) Bien entendu, cette règle ne s'applique pas non plus lorsqu'il s'agit d'une somme de moins de $50: magistrat Champagne, *Girouard* v. *Gagné*, 12 L. N., p. 186.

(*c*) Cette reconnaissance peut être faite par le débiteur ou son représentant, tandis que la renonciation à la prescription acquise doit être faite par le débiteur lui-même, et renfermer les conditions d'une obligation nouvelle: cour d'appel, *Milliken & Booth*, R. J. Q., 3 B. R., p. 158.

sance soit par écrit, le créancier peut compter la prescription de sa date. Mais cette reconnaissance ne peut se prouver que par cet écrit; si elle résulte d'un paiement partiel, on ne pourra établir ce paiement que par un écrit signé par le débiteur, ou par son aveu (*a*). Sous ce rapport, notre article va plus loin que la loi de Lord Tenterden qui, ne parlant pas de la preuve de paiements partiels, en laisse la preuve sous l'empire du droit commun, et elle peut donc, en Angleterre, se faire par témoins. Dans notre droit la preuve testimoniale d'un paiement partiel pour établir l'interruption de la prescription serait inadmissible: cour d'appel, *Charest & Murphy*, R. J. Q., 3 B. R., p. 376.

La reconnaissance de la dette peut être faite par le débiteur ou son représentant (voy. note (*c*) p. 89). Ainsi l'agent du débiteur pourra reconnaître la dette de ce dernier, et l'exécuteur testamentaire pourra reconnaître une dette de la succession qu'il représente. Mais, si cette reconnaissance n'a pas été faite par écrit, le témoignage de l'agent ou de l'exécuteur testamentaire ne pourra valoir comme aveu que si son mandat ou sa charge dure encore. (Voy. sur ce point la décision de la cour d'appel dans la cause de *Pinsonneault & Desjardins*, 24 L. C. J., p. 100, et 3 L. N., p. 29).

(*b*). *De la preuve de la promesse ou ratification par un mineur d'obligations qu'il a contractées pendant sa minorité.* — Il n'est pas question ici de dettes contractées par un mineur commerçant pour les fins de son commerce, car il a alors toute la capacité d'un majeur (art. 323, 1005) et il ne peut se faire restituer contre ces dettes. Mais la règle de l'article 1235 recevra son application lorsque le mineur non commerçant a contracté une dette commerciale. La valeur dont il s'agit ici n'est ni le mostant réclamé ni celui du contrat, mais le montant sur lequel portait la promesse. Il faudra également que l'écrit remplisse les exigences de l'article 1214 (*b*).

(*c*) *De la preuve de représentations, garanties ou assurances en faveur d'une personne dans le but de lui faire obtenir du*

(*a*) La reconnaissance doit être absolue. Une offre par écrit, faite sous condition et à titre de transaction, ne serait pas une reconnaissance qui interromprait la prescription, si elle n'était pas acceptée: cour de revision, *McGreery* v. *McGreery*, 17 Q. L. R., p. 278; même cour, *David* v. *Goyer*, R. J. Q., 3 C. S., p. 178. Dans cette dernière cause, il a de plus été décidé qu'une offre partielle sans condition, et même non acceptée, constituerait une renonciation à la prescription pour le montant offert, mais ne constituerait pas un commencement de preuve de la renonciation à la prescription du reste.

(*b*) Le juge Langelier, nº 649.

crédit, de l'argent ou des effets.—Comme les mots " représentations, garanties ou assurances " l'indiquent, un écrit de la partie est exigé non seulement pour prouver un contrat de cautionnement, mais même des assurances données à un tiers quant à la solvabilité de la personne qui veut contracter avec ce tiers. Ainsi, A voulant obtenir de B des marchandises, C intervient et représente à B que A est solvable, alors qu'il sait qu'il est en déconfiture. Les représentations de C ne peuvent se prouver que par un écrit signé par lui ou par son aveu. Il est vrai que ces fausses représentations constituent un délit, et que les délits peuvent se prouver par témoins, mais en Angleterre on a modifié le *Statute of Frauds,* par la loi de lord Tenterden. afin d'assimiler ces fausses représentations à un véritable cautionnement, en ce qui concerne la preuve, et notre article 1235 a reproduit cette disposition.

J'ajouterai que par *garanties,* le législateur entend un véritable cautionnement, c'est-à-dire une obligation accessoire. Donc la promesse de payer au créancier une certaine somme. s'il décharge le débiteur, ne tombe pas sous l'empire de notre article.

La garantie écrite doit être restreinte à ses termes et ne peut servir de base à une preuve testimoniale tendant à établir des engagements verbaux du garant. Par exemple, le marchand qui a livré des effets pour une valeur plus élevée que le montant garanti, ne pourra prouver par témoins que le garant s'est engagé à les payer: juge Routhier, *Piddington* v. *Demers,* R. J. Q., 6 C. S., p. 396.

(*d*) *De la preuve des contrats pour la vente d'effets lorsque l'acheteur n'en a pas accepté ou reçu une partie et qu'il n'a pas donné des arrhes.* — C'est sinon la partie la plus importante de notre article, du moins celle qui est citée le plus souvent devant les tribunaux. Elle soumet à la formalité d'un écrit les ventes *d'effets.* Or qu'entend-on par *effets?* L'article 17 du statut des fraudes se sert de l'expression " goods, wares and merchandise," ce qui, d'après Benjamin (*a*), comprend " all corporeal movable property." On décide donc en Angleterre que la nécessité d'un écrit n'existe pas dans le cas de la vente de meubles incorporels, tels qu'actions de banques, de compagnies commerciales ou industrielles. Le juge Langelier (n° 661) dit que l'article 397 nous donne la définition du mot *effets.* et que c'est partant tout ce qui est censé meuble, ce qui comprendrait les meubles incorporels comme les meubles corporels. Et il décide, par conséquent, que la preuve de la vente de créances est régie par l'article 1235.

(*a*) *Sales,* § 111.

Ce raisonnement me paraît discutable. L'article 1235 ne se sert pas de l'expression *effets mobiliers*, ce qui justifierait peut-être le renvoi à l'article 397 (*a*), mais emploie le mot *effets* sans qualificatif. D'ailleurs le texte anglais de notre article traduit — si ce texte est vraiment une *traduction* et non pas l'*original*, et je serais porté à croire que c'est l'original — le mot *effets* par *goods*, et on ne trouve pas cette dernière expression dans la version anglaise de l'article 397. Donc, je ne crois pas qu'on puisse s'aider de la définition de ce dernier article pour expliquer la nature des *effets* dont parle l'article 1235, d'autant plus que le mot *goods* s'applique évidemment à des choses corporelles.

Il est vrai que notre jurisprudence a exigé un écrit pour la preuve de la vente de billets, comme pour la preuve de contrats faits par un courtier pour la vente d'actions (*b*), et qu'il est peut-être trop tard pour réagir, mais, s'il m'est permis d'exprimer une opinion personnelle, je donnerais aux mots *effets* et *goods* la même signification que la jurisprudence anglaise donne à l'expression " goods, wares and merchandise " (*c*).

Il n'est question, dans l'article 1235, que de la *vente* d'effets. Cette disposition ne s'appliquerait donc pas à un contrat autre qu'une vente, comme un louage, un prêt. Mais s'il s'agit d'objets mobiliers à être confectionnés par l'ouvrier à qui on les

---

(*a*) Il est vrai que le juge Langelier enseigne que les meubles seuls peuvent être l'objet d'un acte de commerce (nos 495 et 661), ce qui l'amène logiquement peut-être, vu le point de départ, à suppléer l'épithète *mobiliers* après le mot *effets*, mais nous avons vu plus haut que ce point de départ est contestable. Voy. *suprà*, p. 63.

(*b*) *Truteau* & *Leblanc*, 4 R. L., p. 560; *Trenholme* & *McLennan*, 24 L.C.J., p. 305, et 3 L.N., p. 35. Quant aux contrats faits par un courtier, je dois mentionner ici que l'écrit qu'on dit être requis par l'article 1235 pour faire preuve de la vente peut être signé par l'agent de la partie; mais l'agent doit avoir signé cet écrit avant la révocation de son mandat: cour d'appel, *Lynn* & *Cochrane*, 23 L. C. J., p. 235. Les billets d'achat et de vente signés par le courtier qui agit comme mandataire des deux parties sont suffisants pour remplir les exigences de l'article 1235: juge Mackay, *Lusk* v. *Hope*, 17 L. C. J., p. 19. Lorsque le billet d'achat est produit par l'acheteur on peut prouver par le témoignage du courtier la transmission du billet de vente au vendeur, et la production du billet d'achat fait preuve de la vente jusqu'à ce que le vendeur contredise cette preuve par la production du billet de vente : juge Jetté, *Crane* v. *McBean*, R. J. Q., 4 C. S., p. 331.

(*c*) M. Dorion (n° 77) s'incline devant l'autorité de l'arrêt rendu dans la cause de *Truteau* & *Leblanc*, mais il ne peut s'empêcher de douter que les titres de créance, billets et actions tombent sous la dénomination d'effets. Je crois que le doute du savant auteur est plus juridique que que la doctrine de la cour d'appel.

commande et qui en fournit les matériaux, je crois que l'article 1235 s'appliquera, car un tel contrat est une véritable vente (*a*).

Il en serait autrement, et il y aurait louage de services, si l'objet mobilier confectionné par l'ouvrier était destiné à former l'accessoire d'un immeuble ou même d'un meuble appartenant à celui qui a commandé cet objet. C'est ce qui a été décidé par le juge Casault dans la cause de *Morgan* v. *Turnbull*, 14 Q. L. R., p. 121, et par la cour d'appel dans la cause de *Reid & Leclair*, R. J. Q., 5 B. R., p. 32 (*b*).

La formule de l'article 1235 est donc que si la vente commerciale est de plus de $50, l'on ne pourra, en principe, la prouver que par un écrit ou par l'aveu de la partie (*c*). Je dis en principe, car notre article prévoit deux exceptions: 1° le cas où l'acheteur a reçu ou accepté une partie des effets vendus; 2° celui où il a payé des arrhes.

Quant à la première exception, il suffit qu'il y ait eu, ou bien acceptation, ou bien délivrance de partie des effets. En cela, notre article diffère de l'article 17 du *Statute of Frauds*, qui exige l'acceptation et la délivrance. Le juge Langelier (n° 670) croit qu'il y a dans notre article une inadverdance, mais il enseigne que la loi étant formelle, il faut la suivre.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que la *délivrance* et *l'acceptation* sont des actes parfaitement distincts. La délivrance provient du vendeur, l'acceptation de l'acheteur. Je crois, étant donnés les termes de notre article, que l'une ou l'autre suffit pour permettre la preuve testimoniale; ainsi, si le vendeur a délivré une partie des effets à l'acheteur, il ne sera pas tenu de prouver que celui-ci les a acceptés. Mais il ne faut pas exagérer ce principe, car si l'acheteur a refusé d'accepter ces

---

(*a*) Dans la cause de *Métivier* v. *Livinson*, R. J. Q., 13 C. S., p. 39, la cour de revision a jugé que la vente n'est mentionnée dans l'article 1235, § 4, que comme type du contrat commercial, et que la disposition de l'article 1235 doit s'appliquer à tout autre contrat de même nature.

(*b*) La décision de l'ancienne cour d'appel dans la cause de *Donegani & Molinelli*, 14 L. C. J., p. 106, où il s'agissait d'un meuble (un buffet) à être confectionné, me paraît erronée. La cour d'appel a jugé que c'était là un contrat de louage d'ouvrage et non pas une vente. Cette décision me semble violer le dernier alinéa de l'art. 1235 qui vise évidemment la vente d'objets à être confectionnés avec les matérlaux du vendeur.

(*c*) Le juge Bélanger a fait une application de ce principe dans la cause de *Masterman* v. *Denesha*, R. J. Q., 9 C. S., p. 522. Ce principe s'applique lors même que la vente en question a été précédée d'une ou de plusieurs autres ventes semblables entre les mêmes parties: juge Torrance, *Beard* v. *McLaren*, 18 L. C. J., p. 76.

effets, et que son refus soit prouvé, je ne permettrais pas au vendeur de prouver la vente par témoins.

Autre question. Faut-il prouver la délivrance ou l'acceptation par un écrit ou par l'aveu de l'acheteur, ou pourra-t-on l'établir par témoins?

Dans la cause de *Munn* et *Berger* (*a*), la cour d'appel avait exigé un écrit, mais la cour suprême a infirmé son jugement, jugeant que la délivrance ou l'acceptation peut se prouver par une preuve testimoniale (*b*).

La décision de la cour suprême est conforme à l'interprétation que l'on donne en Angleterre à l'article 17 du *Statute of Frauds*.

Le point que l'on discute le plus souvent en cette matière, c'est celui de déterminer ce qui constitue une acceptation ou une délivrance des effets vendus. Nous avons, à l'article 1492, une définition de la délivrance; c'est, dit cet article, la translation de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. L'acceptation n'a pas été définie par le législateur, mais le mot même indique que c'est tout acte par lequel l'acheteur accepte la chose comme celle qui lui a été vendue, en d'autres termes, s'en déclare satisfait. La délivrance peut être *réelle*, comme lorsque le vendeur remet la chose vendue entre les mains de l'acheteur, ou ce que les auteurs anglais appellent *constructive* (*c*), comme lorsque le vendeur remet à l'acheteur le titre qui donne droit à la possession de la chose, ou la clef de l'entrepôt où cette chose se trouve. L'acceptation peut résulter de toute déclaration de l'acheteur ou même du fait qu'il a apposé sa marque sur les objets vendus.

On trouvera dans les auteurs — je puis signaler notamment Benjamin *on Sales*, chapitre 4 — un très grand nombre d'espèces où il s'agissait de déterminer s'il y avait eu acceptation et délivrance. Ces espèces et d'autres tirées de notre propre jurisprudence pourront servir de guide au lecteur (*d*).

(*a*) Cour d'appel, 27 L. C. J., p. 349, 6 L. N., p. 363, et 4 L. N., p. 218, et cour suprême, 10 *Supreme Court Repts*, p. 454.

(*b*) Le juge Mackay, dans la cause de *Lemonier* v. *Charlebois*, 5 L. N., p. 196, et le juge Lynch, dans la cause de *Booth* v. *Hutchins*, 14 L. N., p. 82, ont admis la preuve testimoniale de l'acceptation.

(*c*) Je ne crois pas qu'on puisse traduire ce mot par *tradition feinte*.

(*d*) Ainsi lorsque des marchandises sont vendues au poids et ne sont pas encore pesées, on peut se demander s'il y aurait une preuve suffisante d'acceptation dans le fait que l'acheteur aurait examiné les marchandises et aurait rejeté celles qu'il ne trouvait pas satisfaisantes : voyez sur ce point les remarques du juge Paterson, de la cour suprême, dans la cause de *Ross* & *Hannan*, 19 *Supreme Court Repts*, p. 227. Si l'acheteur offre un prix pour des marchandises et si ce prix est accepté

L'autre exception que prévoit l'article 1235, c'est le cas où l'acheteur a payé des arrhes. Par *arrhes*, on entend une chose ou une somme d'argent que l'acheteur a remis au vendeur pour montrer que le marché était conclu. Il ne faut pas confondre ces arrhes avec celles qui accompagnent une promesse de vente, et qui, loin de rendre le marché définitif, permettent, au contraire, aux parties de se désister de ce marché, celle qui a donné les arrhes les perdant, et celle qui les a reçues en payant le double (art. 1477). Les arrhes dont parle l'article 1235 sont destinées à rendre le marché irrévocable, *to bind the bargain* (*a*); elle consistent généralement en le paiement par l'acheteur d'un acompte sur le prix de vente, mais un tel paiement ne constitue pas des arrhes dans le sens rigoureux du terme. Comme pour l'acceptation ou de la délivrance on pourra établir le paiement d'arrhes par une preuve testimoniale (*b*).

SECTION IV. — DES PRÉSOMPTIONS.

§ I. *Généralités.*

Notre code ne contient pas une définition des présomptions. L'article 1349 du code Napoléon, au contraire, dit que "les "présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat "tire d'un fait connu à un fait inconnu." Nos codificateurs, surtout dans ce titre, ont évité de reproduire les définitions du

---

et les marchandises expédiées par le vendeur à l'adresse donnée par l'acheteur, on doit juger qu'il y a eu délivrance et acceptation : juge Lynch, *Booth* v. *Hutchins*, 14 L. N., p. 82. Enfin lorsque des marchandises sont expédiées sans ordre ou réquisition du destinataire, la preuve de l'acceptation doit être beaucoup plus claire, et le seul fait d'avoir payé le fret et d'avoir ouvert les boîtes ne serait pas suffisant pour constituer une preuve de l'acceptation du destinataire : cour de revision, *Trester* v. *Trester*, M. L. R., 5 S. C., p. 188.

(*a*) Dans le droit romain on connaissait également les deux espèces d'arrhes, celles dont il est question à l'article 1477 et qui constituaient un contrat distinct, et celles qui avaient pour but de marquer que la vente avait été conclue. Les arrhes de la première espèce étaient une espèce de dédit; suivant l'expression de M. Baudry-Lacantinerie (t. 3, nº 459), elles attestaient la fragilité du contrat (*arrha quæ ad jus pœnitendi pertinet*). Celles de la deuxième espèce, dit le même auteur, mettaient le sceau au contrat (*arrha in signum consensus interpositi data*); c'était le *denier à Dieu* de l'ancien droit. Comp. Benjamin, § 195 et suiv.

(*b*) Voy. en sens contraire l'opinion du juge Pagnuelo dans la cause de *Métivier* v. *Livinson*, R. J. Q., 13 C. S., p. 39, mais la décision de la cour suprême dans la cause de *Munn* & *Berger* paraît entraîner la même solution ici.

code français, et l'article 1349 a été omis. D'après Pothier (*a*), la présomption est " un jugement que la loi ou l'homme porte " sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée d'une " autre chose." La définiton du code Napoléon est peut-être plus frappante que celle de Pothier, mais au fond, les deux disent la même chose. Un fait est connu, un autre ne l'est pas mais découle du premier par voie de conséquence. Le fait connu sert de base à un raisonnement, et la conclusion de ce raisonnement, c'est le fait inconnu qu'il s'agit de démontrer. Cependant ce raisonnement n'a pas le caractère de certitude que possède un sillogisme dont la majeure et la mineure sont démontrées; il est fondé sur l'expérience et l'observation, sa majeure n'est que l'énonciation d'une probabilité, sa mineure est le fait connu et certain, et la conclusion que l'on en tire, en d'autres termes le fait non connu et contesté, est réputée vraie parce qu'elle en est la conséquence ordinaire. La présomption n'est donc qu'une déduction tirée de ce qui arrive ordinairement et c'est pour cela que Cujas disait: *præsumptio ex eo quod plerumque fit.*

L'exemple favori des auteurs c'est la présomption de libération qui résulte de la remise, par le créancier au débiteur, du titre de sa créance. Les créanciers ne remettent ordinairement le titre que contre paiement. Cette majeure posée, et ce n'est qu'une probabilité, et la mineure, la remise du titre de créance par le créancier au débiteur, étant connue et admise, on en tire la conclusion que le débiteur a payé sa dette. Toutefois, tout ce raisonnement étant fondé sur une probabilité, le créancier pourra démontrer, mais cette preuve lui incombe, qu'il a remis le titre de créance au débiteur pour un autre motif que celui du paiement (voy. l'art. 1181). Donc celui qui invoque une présomption n'a aucune preuve à faire, si ce n'est des faits qui donnent naissance à cette présomption, mais son adversaire — si cette présomption n'est pas de celles qui n'admettent pas la preuve contraire — pourra la combattre en faisant voir que la conclusion qu'on en tire est mal fondée dans l'espèce.

On a dit que la définition de la présomption — celle du code Napoléon — peut s'appliquer à toute preuve quelconque, car la constatation que renferme la preuve littérale ou l'affirmation du témoin est le fait connu, et le fait inconnu ou contesté est la vérité même de cette constatation ou de cette affirmation. Dans le cas de preuve littérale ou testimoniale, comme dans celui de la présomption, il y a un raisonnement; mais au pre-

(*a*) *Obligations*, nº 839.

mier cas ce raisonnement est tellement rapide et spontané qu'on ne le perçoit guère, et pour cela on dit que la preuve littérale ou testimoniale est une preuve *directe*, tandis que, dans le cas de la présomption, le raisonnement est plus long et pénible et aussi moins sûr, et pour cette raison on l'appelle une preuve *indirecte*. Ce qu'il importe de constater, c'est que la certitude qui résulte des présomptions — sauf toujours les présomptions *juris et de jure* qui l'emportent même sur la preuve littérale ou testimoniale — est moins forte que celle que donnent les autres moyens de preuve. J'ajoute cependant que la preuve par présomption peut être admise, même lorsque la preuve testimoniale est prohibée (*a*); il en est différemment en France, mais le code Napoléon en a une disposition expresse.

On a quelquefois classé l'aveu parmi les présomptions, mais à tort (*b*). L'aveu est une preuve ou plutôt c'est la certitude même d'un fait qui ne peut plus être contesté puisque la partie contre qui on l'invoque le reconnaît elle-même. Pour cette raison le code consacre à l'aveu une section spéciale.

La présomption étant une conséquence tirée par la loi ou par l'homme, il s'ensuit qu'il y a deux espèces de présomptions (*c*): 1° la présomption légale, qui se subdivise en présomption *juris tantum*, et en présomption *juris et de jure* (*d*); 2° la présomption de l'homme ou présomption simple.

§ II. *Des présomptions légales.*

I. Définition. — Nous avons ici une définition de la présomption légale. En effet, la première partie de l'article 1239 dit que "les présomptions légales sont celles qui sont spécialement "attachés par la loi à certains faits" (*e*). Il ressort des termes

---

(*a*) La cour d'appel a ainsi jugé dans la cause de *Damien & La société de prêts et placements de Québec*, 3 R. de J., p. 32.

(*b*) L'art. 1350 C. N. a adopté cette classification vicieuse, et la même confusion se rencontre dans notre article 1240.

(*c*) L'article 1238 le dit d'ailleurs, dans les termes qui suivent:
" 1238. Les présomptions sont établies par la loi, ou résultent de faits " qui sont laissés à l'appréciation du tribunal."

(*d*) Toute traduction d'un terme aussi expressif, mais d'un latinisme assez barbare, resterait bien en deçà de l'original.

(*e*) C'est au fond la définition de l'article 1350 du code Napoléon, ce dernier article disant: "celle qui est attachée par une loi *spéciale*", notre article: "celles qui sont *spécialement* attachées par la loi." Ajoutons que l'article 1350 C. N. contient une série d'exemples de présomptions légales que notre article a omis.

de cette disposition que les présomptions légales sont de droit étroit, puisqu'elles doivent être *spécialement* attachées par la loi à certains faits (*a*). Notre code s'est contenté de définir la présomption légale, et n'en donne pas d'exemples. Je puis indiquer, au hasard, la présomption de paternité qui résulte du mariage (art. 218), celle du caractère frauduleux de la donation lorsque le donateur est insolvable (art. 1034), celle de la remise de la dette lorsque le créancier rend volontairement le titre original de l'obligation à son débiteur (art. 1181), celle de la possession à titre de propriétaire lorsqu'il n'est pas démontré qu'on a commencé à posséder pour un autre (art. 2194) (*b*). Ainsi que je l'ai déjà dit, la présomption légale se subdivise en présomption *juris* et en présomption *juris et de jure*.

L'exemple le plus ordinaire de cette dernière présomption, c'est celle de la chose jugée, mais il y en a d'autres, comme la présomption d'incapacité qui résulte de l'interdiction pour démence (art. 334) et celles que mentionne l'article 1240.

En outre des exemples de présomption légale que je viens de citer, j'en puis citer d'autres tirés de notre jurisprudence.

Lorsque le créancier fait émaner un *capias* contre la personne de son débiteur sans cause raisonnable et probable, la loi le tient responsable des dommages résultant de cette arrestation (art. 893 du code de procédure) parce qu'elle présume malice dans ce cas (cour d'appel, *Drapeau & Deslauriers*, 16 R. L., p. 433). Mais la dissolution ou annulation d'une injonction ne fait pas présumer que cette injonction avait été émanée sans cause probable: cour d'appel, *Montreal City Passenger Ry. Co. & Ritchie*, 18 R. L.. p. 12, et cour suprême, même cause, 13 L. N., p. 34, et 16 *Supreme Court Repts.*, p. 622. Il en serait ainsi dans le cas du capias.

Lorsqu'un billet comporte avoir été consenti pour valeur reçue, l'affidavit du prometteur, accompagnant son plaidoyer, et niant ce fait, n'est pas suffisant pour détruire la présomption que la loi attache à l'écrit et pour rejeter sur le demandeur le poids de la preuve: juge Tait, *Sandford Manufacturing Co.* v. *McLaren*, R. J. Q., 4 C. S., p. 467; *Vallières* v. *Baxter*, R. J. Q., 7 C. S., p. 286, même juge.

(*a*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1580.

(*b*) Un autre exemple de présomption légale nous est fourni par l'article 1629; lorsqu'il arrive un incendie dans les lieux loués, le locataire est présumé responsable ; mais cette présomption n'existe qu'en faveur du locateur, et d'ailleurs n'est que l'application du droit commun quant à l'obligation du débiteur d'une chose déterminée.

Dans une poursuite en résiliation de la donation d'un immeuble, le donataire doit réclamer dans l'instance le prix des impenses qu'il a droit de réclamer, sinon la loi présumera qu'il n'en a point fait ou qu'il a abandonné son droit de les réclamer: juge Loranger, *Pearce* v. *Gibbon,* 6 R. L., p. 649.

Dans le cas d'une femme mariée qui est domiciliée hors de la province, notre loi présumera qu'elle est commune en biens avec son mari, en l'absence d'une preuve des lois qui règnent au lieu de son domicile: cour d'appel, *Simmons & Elliott,* 20 R. L., p. 666, et 34 L. C. J., p. 336; cour de revision, *Trew* v. *Kirkup,* R. J. Q., 7 C. S., p. 308. En effet, à moins de preuve contraire, les lois étrangères sont présumées être les mêmes que les nôtres: cour d'appel, *Primeau & Giles,* M. L. R., 7 Q. B., p. 467.

La loi ne présume pas la validité d'un brevet d'invention: juge Andrews, *Allen* v. *Reid,* 14 Q. L. R., p. 126.

Je ne puis citer ici tous les jugements se rapportant aux présomptions légales; ils seraient trop nombreux, et on pourra d'ailleurs les trouver à l'endroit particulier où sont traités les sujets auxquels ces présomptions se rapportent.

II. De la force probante de la présomption légale. — Il faut distinguer ici selon qu'il s'agit d'une présomption *juris tantum* ou d'une présomption *juris et de jure.* Dans les deux cas, celui qui invoque la présomption est dispensé de toute autre preuve, si ce n'est des faits qui lui donnent naissance. Mais dans le premier cas la preuve contraire est admise, dans l'autre elle ne l'est pas.

Cette distinction est faite en ces termes par l'article 1239 dont j'ai cité le commencement: " Elles (les présomptions lé-" gales) dispensent de toute autre preuve celui en faveur de qui " elles existent; quelques-unes peuvent être repoussées par une " preuve contraire; d'autres sont présomptions *juris et de jure* " et aucune preuve ne peut leur être opposée."

Donc, en matière de présomptions légales, la preuve contraire est admissible (*a*). Exceptionnellement, lorsque la présomption est *juris et de jure,* la preuve contraire est impossible. C'est de ces dernières présomptions qu'il est question dans l'article 1240, qui se lit comme suit: —

(*a*) Ainsi, la déclaration dans un contrat de mariage que tous les meubles du domicile conjugal seront censés appartenir à l'épouse ne comporte qu'une présomption qu'il est permis de détruire par une preuve contraire: juge Gill, *Rolland* v. *Piché,* R. J. Q., 5 C. S., p. 527. D'ailleurs ce ne serait pas une présomption légale.

1240. " Nulle preuve n'est admise contre une présomption " légale, lorsque, à raison de telle présomption, la loi annule " certains actes, ou refuse l'action en justice, à moins que la " loi n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui est réglé " relativement aux serments et à l'aveu judiciaire de la " partie " (*a*).

Il est à peine nécessaire de donner des exemples des cas où la loi annule des actes ou dénie l'action. J'ai déjà mentionné la présomption d'incapacité qui résulte de l'interdiction pour démence, et celle de fraude lorsqu'une donation a été faite par un insolvable. Les prescriptions courtes fournissent un exemple du refus de l'action (art. 2267).

Et quant aux présomptions *juris et de jure*, on enseigne qu'elles peuvent être repoussées lorsque la partie adverse admet que le fait présumé vrai est faux, sauf lorsque la présomption est fondée sur des motifs d'ordre public, comme celle qui résulte de la chose jugée (*b*). Cette exception, quant à l'aveu, est consacrée par les termes mêmes de l'article 1240.

III. De la présomption légale fondée sur l'autorité de la chose jugée. — Cette présomption est non seulement une présomption *juris et de jure* qui exclut la preuve contraire, mais c'est encore une présomption d'ordre public, et l'aveu même de la partie adverse ne pourrait la combattre (*c*). Le fait cons-

---

(*a*) Cette disposition est au même effet que l'article 1352 C. N., al. 2. Il faut remarquer que la réserve quant aux serments doit être retranchée de notre article, d'abord parce que le serment ne forme pas une présomption, mais une véritable preuve, et ensuite parce que le serment décisoire n'existe plus dans notre droit depuis la loi 60 Vict., ch. 50. L'aveu judiciaire ne devrait pas être mentionné ici, car c'est plus qu'une présomption.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1283. Les prescriptions courtes n'étant pas de simples présomptions de paiement, mais une déchéance établie par la loi contre le créancier pour des motifs d'ordre public, elles ne peuvent être contredites par l'aveu du débiteur. (Voy. *Fuchs* v. *Légaré*, 3 Q. L. R., p. 11, Casault, J. ; voy. aussi le jugement de la cour de revision, *Vachon* v. *Poulin*, R. J. Q., 12 C. S., p. 223 ; la cour d'appel a confirmé ce dernier jugement, R. J. Q., 7 B. R., p. 60, mais elle ne s'est pas prononcée sur ce point, qui d'ailleurs ne peut faire de doute.

(*c*) Il faut bien s'entendre, toutefois. Si la partie adverse plaide chose jugée, il serait bien inutile de l'interroger pour savoir si elle doit réellement la somme qu'un jugement a déclaré n'être pas due par elle. Mais si, par un acte subséquent au jugement qu'elle oppose au créancier, elle a admis que ce jugement est basé sur une erreur et qu'elle doit véritablement la dette, je ne vois pas pour quelle raison le créancier ne pourrait la poursuivre sur cet acte qui comporte un véritable désistement du jugement.

taté par un juge est en effet présumé vrai: *res judicata pro veritate habetur.* Il est possible que ce fait soit faux, car les juges étant hommes ne sont pas infaillibles, *errare humanum est.* Mais la loi entoure l'administration de la justice de tant de garanties et assure aux parties tant de moyens de recours, qu'un jugement contraire à la vérité est un fait exceptionnel. D'ailleurs, il importe de prévenir de nouveaux procès en empêchant une partie condamnée de remettre en question le point déjà jugé contre elle, et d'empêcher des jugements peut-être contradictoires. Ces motifs sont d'ordre public et excluent partant la preuve contraire; c'est un cas où la loi dénie l'action (*a*).

L'article 1241 règle en ces termes les conditions d'existence de la présomption de la chose jugée:

1241. " L'autorité de la chose jugée (*res judicata*) est une " présomption *juris et de jure*; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce " qui a fait l'objet du jugement, et lorsque la demande est fon- " dée sur la même cause, est entre les mêmes parties agissant " dans les mêmes qualités, et pour la même chose que dans l'ins- " tance jugée " (*b*).

1° *Des jugements auxquels s'attache l'autorité de la chose jugée.* — C'est la question que je dois résoudre au seuil même de la matière, car, bien que notre article ne fasse aucune distinction, il est évident que tout jugement quelconque ne jouit pas de l'autorité de la chose jugée. Et à ce propos remarquons qu'il y a des jugements qui émanent de la juridiction contentieuse, d'autres de la juridiction gracieuse, comme ceux rendus en vertu de la dixième partie du code de procédure civile. Il y a également des jugements définitifs et des jugemnts préparatoires. Enfin il y a des recours ordinaires et extraordinaires contre les jugements.

Ceci posé, disons que sont susceptibles de constituer chose jugée: —

1° Les jugements qui émanent de la juridiction contentieuse. Il en est autrement des jugements qui relèvent de la juridiction

---

(*a*) La chose jugée peut être opposée non seulement par celui en faveur de qui elle existe, mais aussi par celui contre qui elle existe. Ainsi, le débiteur qui serait poursuivi par le cessionnaire d'un jugement, exécutoire contre lui, pourrait demander le renvoi de cette seconde action : cour de revision, *Meilleur* v. *Wurtele*, 21 R. L., p. 326.

(*b*) Les termes de notre article diffèrent de ceux de l'article 1351 du code Napoléon, mais au fond la disposition est la même.

gracieuse, lesquels sont plutôt des actes que des jugements (*a*). On enseigne même que l'arrêt rendu par un tribunal incompétent peut constituer chose jugée, que l'incompétence soit *ratione personæ* ou *ratione materiæ,* si ce jugement n'a pas été attaqué dans le délais (*b*), et il est ainsi de tout tribunal, même d'un tribunal d'arbitres (*c*). Les seuls jugements qu'il faut excepter, ce sont ceux qui doivent être regardés comme inexistants, parce qu'il leur manque les conditions de forme que la loi exige dans tout jugement.

2° Les jugements définitifs, et par ce terme il ne faut pas nécessairement entendre le jugement final, à l'exclusion de tout jugement interlocutoire. En effet, certains jugements interlocutoires prononcent sur les droits des parties et préjugent le fond, et précisément ces jugements peuvent être portés en appel sans attendre le jugement final (art. 46 C. P. C.). On dit souvent que l'interlocutoire ne lie pas le juge du fond, mais cet adage, comme bien d'autres, n'est que partiellement vrai. Les jugements préparatoires et les ordonnances de procédure ne le lient pas, et partant ne jouissent pas de l'autorité de la chose

---

(*a*) Ainsi, la nomination d'un curateur à une succession vacante n'aurait pas l'autorité de la chose jugée : cour d'appel, *Robillard & Banque Jacques-Cartier*, 32, L. C. J., p. 231. Mais certains jugements, qui apparemment émanent de la juridiction gracieuse, ont tout le caractère de jugements rendus en matière contentieuse, et partant jouissent de l'autorité de la chose jugée. Tel serait, à mon avis, un jugement rendu sur les prétentions qu'une partie veut faire entrer dans un inventaire (art. 1394 C. P. C.), si ce jugement porte sur le fond du droit, ou encore un jugement qui détermine les bases d'un partage. Comp. M. Huc, t. 8, n° 304.

La taxation par le juge des honoraires des avocats qui ont représenté les parties dans des procédures en vertu de l'acte des chemins de fer, bien qu'elle ne soit pas exécutoire, constitue cependant chose jugée entre les parties : cour d'appel, *Compagnie du chemin de fer Montréal et Sorel & Vincent*, 17 R. L. p. 36, et M. L. R., 4 Q. B., p. 404.

(*b*) Fuzier-Herman, art. 1331, n°s 493 et suiv. ; M. Huc, n° 332.—*Contra*, juge Polette, *Roy* v. *Bergeron*, 2 R. L., p. 233.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1286.

Le juge Jetté, dans une cause de *Cadotte* v. *Osborne*, 12 L. N., p. 211, a décidé que les arrêts rendus par un tribunal qui a été constitué par une loi plus tard désavouée sont chose jugée, et que pour obtenir un jugement devant un autre tribunal pour la même cause d'action, il faut préalablement renoncer au premier jugement.

Le juge Loranger (*Mills* v *Atlantic and North West Railway*, M. L. R., 4 S. C., p. 302, a décidé qu'une sentence d'arbitres rendue en vertu de l'acte des chemins de fer avait force de chose jugée à compter de sa signification.

D'autre part, les décisions d'un conseil municipal local n'ont pas l'au-

jugée (*a*) ; mais il en est autrement des jugements interlocutoires qui prononcent sur le fond même du droit des parties ou qui décident en partie le litige (*b*). Je dois ajouter que je n'entends pas, par jugement définitif, un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours soit ordinaire soit extraordinaire. Dès qu'il est rendu, le jugement jouit, provisoirement du moins, de l'autorité de la chose jugée, et ne la perd définitivement que lorsqu'il est infirmé ou cassé (*c*).

Mais, en principe, il n'y a que les arrêts des tribunaux de la province de Québec, ainsi que de la cour suprême et du conseil privé jugeant en appel d'un tribunal de cette province, qui jouissent de l'autorité de la chose jugée (*d*). Ceci est vrai, d'une manière absolue, de tout tribunal autre que ceux de l'une des provinces du Canada. Quant aux jugements rendus par un tri-

---

torité de chose jugée : cour de revision, *Suitor* v. *Corporation de Nelson*, 14 Q. L. R., p. 11.

Et si un statut confère à certains officiers le pouvoir de refuser ou accorder finalement une chose, comme une licence, cela ne veut pas dire qu'ils ne pourront considérer une nouvelle demande faite par la même personne, mais simplement que leur décision n'est pas sujette à appel : juge Wurtele, *Ex parte, Citizens' League of Montreal*, M. L. R., 5 S. C., p. 160.

(*a*) Cependant, lorsqu'une motion a été renvoyée, il ne sera pas permis à la partie d'en faire une semblable pour le même objet : juge Berthelot, *Benjamin* v. *Wilson*, 6 L. C. J., p. 246.

(*b*) On pourra consulter, sur cette matière importante, M. Huc, t. 8, n°s 307 et 308. Toute la question a été discutée à fond par les juges de la cour suprême dans la cause de *Shaw* & *Saint-Louis*, 8 *Supreme Court Repts.*, p. 385.

La cour d'appel, dans la cause de *Plenderleath* & *McGillivray*, *Stuart's Repts.*, p. 470, a accordé la force de chose jugée à un jugement interlocutoire acceptant un compte de succession, et a en conséquence rejeté une contestation de ce compte.

Lorsqu'une requête en annulation de *capias* a été renvoyée, il y a chose jugée, et le requérant ne peut obtenir un nouveau jugement en inscrivant de nouveau sur la même requête : cour d'appel, *Major* & *Chadwick*, 8 R. L., p. 685.

Les jugements qui renvoient une action sans décider du mérite de la cause ne constituent pas chose jugée, et ne sont pas un obstacle à une nouvelle action intentée pour le même objet : *Wallbridge* v. *Farwell*, 11 L. N., p. 39 ; juge Mathieu, *Filiatrault* v. *Legris*, 19 R. L., p. 264 ; cour d'appel, *Dorion* & *Dorion*, 18 R. L., p. 645. (Ce dernier jugement a été infirmé par la cour suprême, mais sans toucher à ce point.)

(*c*) Pendant le délai accordé pour appeler d'un jugement, il y a chose jugée entre les parties (juge Rainville, *Lureau* v. *De Beaufort*, 6 L. N., p. 251), et si appel est interjeté, l'effet de la chose jugée est suspendu (cour d'appel, *Métrissé* & *Brault*, 2 L. C. J., p. 303).

(*d*) Juge Lynch, *Rice* v *Holmes*, R. J. Q., 16 C. S., p. 492 ; juge Andrews, *The Howard Gurnsey Manfg. Co.* v. *King*, R. J. Q., 5 C. S., p. 182.

bunal canadien, en dehors de la province de Québec, si le défendeur a été assigné personnellement, ou s'il a comparu, il ne peut opposer — sur une action prise sur ce jugement — une défense qu'il aurait pu faire à l'encontre de l'action originaire, sauf dans le cas où il s'agit de décider d'un droit affectant un immeuble situé en cette province, ou de la juridiction d'une cour étrangère concernant ce droit (art. 210-212 C. P. C.). Donc, dans les cas que je viens d'indiquer, le jugement d'un tribunal d'une autre province jouit, devant nos tribunaux, de l'autorité de la chose jugée.

Nous savons maintenant à quels jugements s'attache la présomption de la chose jugée, mais tout ce que renferment ces jugements ne jouit pas de cette autorité. En effet, tout jugement consiste en deux parties bien distinctes (outre l'indication des parties et l'exposé des faits ou des causes de la demande dont il ne peut être question, sauf pour déterminer si les trois identités requises pour la chose jugée se rencontrent), les *motifs* et le *dispositif*. En principe, le dispositif seul a l'autorité de la chose jugée (*a*). Cependant les motifs servent à interpréter le dispositif, surtout lorsqu'il ne contient qu'une condamnation qui découle des prémises posées (*b*). Ce qu'il faut rechercher, c'est, comme le dit l'article 1241, " ce qui a fait l'objet du jugement ", c'est-à-dire, ce qui a été jugé dans l'espèce. Dans un jugement bien fait, il doit exister une parfaite harmonie entre les motifs et le dispositif, puisque celui-ci n'est que la conclusion que les motifs rendent nécessaire. S'il y avait contradiction ou même désaccord, il faudrait s'attacher au dispositif seul. Et en ce qui concerne ce dispositif, il ne faut pas confondre, dit M. Huc, la substance de la décision qu'il renferme avec ce qui s'y trouve simplement indiqué sous forme d'énonciation, et qui se rapporte à des faits ou à des questions qui n'étaient pas spécialement soumis à l'examen du juge: *tantum judicatum quantum litigatum* (*c*).

2° *Des conditions de l'autorité de la chose jugée.* — Ces conditions sont posées par l'article 1241. Il n'y a chose jugée " qu'à " l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, et lorsque la " demande est fondée sur la même cause, est entre les mêmes " parties agissant dans les mêmes qualités, et pour la même " chose que dans l'instance jugée." C'est la règle des trois

---

(*a*) Voy. *Brien* v. *Marchildon*, cour de revision, R.J.Q., 15 C. S., p. 318.

(*b*) Cour d'appel, *Stevenson & City of Montreal*, R. J. Q., 6 B. R., p. 107 (jugement confirmé de la cour suprême, 27 *Supreme Court Repts.*, p. 593).

(*c*) M. Huc, n° 310.

identités, identité d'objet, identité de cause, identité de personnes, *eadem res, eadem causa petendi, eadem conditio personarum* (*a*).

Première condition: *Identité d'objet.*— Il faut, dit l'article 1241, que la demande soit " pour la même chose que dans l'instance jugée." Mais qu'est-ce que l'objet d'une demande en justice? C'est évidemment le bénéfice juridique immédiat qu'on recherche en la formant, soit le droit dont on poursuit l'exécution. Ainsi A revendique contre B la maison C. L'objet de la demande, c'est que A soit déclaré propriétaire de cette maison. Si cette demande est repoussée, A ne pourra plus revendiquer la maison C contre B, mais ce jugement ne l'empêchera pas de revendiquer, contre le défendeur, la maison D. De même, A pourra réclamer contre B l'usufruit de cette maison C., malgré le rejet de sa demande en revendiquant la propriété, car l'objet des deux actions n'est pas le même.

Tout ceci est très clair, mais il importe de compléter la règle en disant qu'il n'est pas nécessaire que les deux demandes concluent identiquement à la même condamnation, mais qu'il y aura chose jugée dès que l'objet de la seconde action se trouve implicitement compris dans l'objet de la première (*b*). Ainsi, je demande une somme d'argent comme étant le premier versement d'un prix de vente, et le jugement rejette mon action, déclarant que je ne suis pas créancier de ce prix. Si par une

---

(*a*) Les mêmes conditions sont requises pour qu'une partie puisse invoquer la litispendance: juge Mathieu, *Canada Industrial Co.* v. *Roddick*, 7 R. de J., p. 139.

(*b*) Il suffit qu'il y ait identité de droit: cour d'appel, *Stevenson* & *City of Montreal*, R. J. Q., 6 B. R., p. 107 (jugement confirmé par la cour suprême, 27 *Supreme Court Repts.*, p. 593). Mais on ne peut opposer la chose jugée lorsque les conclusions de la seconde action diffèrent matériellement de la première: cour d'appel, *Léger* & *Fournier*, M. L. R., 3 Q. B., p. 124, et cour suprême, même cause, 10 L. N., p. 324, et 14 *Supreme Court Repts.*, p. 314.

Les deux demandes doivent être de même nature, et le jugement qui ordonne d'accomplir un acte quelconque ne peut être opposé comme chose jugée à celui qui est poursuivi en dommages pour avoir retardé à l'accomplir: cour d'appel, *Corporation of the township of Stanstead* & *Beach*, R. J. Q., 8 B. R., p. 276 (confirmé en cour suprême, 29 *Supreme Court Repts.*, p. 736). Enfin, en matière pénale, la partie poursuivie pour une nouvelle offense basée sur des faits autres, quoique semblables, peut plaider les mêmes moyens de défense qu'elle avait déjà opposés avec insuccès à la première poursuite: juge Taschereau, *Cocker* v. *La corporation du village du Coteau Landing*, R.J.Q., 16 C.S., p. 72. (*Contra*, juge Champagne, *Village de Dorval* v. *Legault dit Deslauriers*, R. J. Q., 21 C.S., p. 197). La décision du juge Taschereau a été confirmée en revision, et elle me parait préférable.

seconde action je demande un autre versement de ce prix, on pourra m'opposer le premier jugement, car l'objet de cette seconde action se trouvait implicitement compris dans l'objet qui se trouvait en litige dans la première (*a*). Ainsi encore, une demande d'intérêts rejetée fournira ou non une exception de chose jugée contre une demande du capital, selon que dans la première action l'objet en litige a ou n'a pas été l'existence même de la créance (*b*).

Le moyen de résoudre les difficultés qui peuvent se rencontrer dans la pratique, c'est de se demander si la seconde action met le juge dans l'alternative, ou bien de se mettre en contradiction avec le premier jugement, ou bien de le confirmer purement et simplement (*c*).

Deuxième condition : *Identité de cause.* — L'identié d'objet ne suffit pas, il faut encore, selon l'article 1241, que la demande soit fondée sur la même cause. Par *cause* d'une demande, dit M. Baudry-Lacantinerie, n° 1289, on entend le fait juridique qui constitue le fondement légal du bénéfice ou du droit, objet de la demande, le principe générateur du droit prétendu, sa cause efficiente, l'*origo petitionis,* suivant l'expression d'Ulpien (*d*). Ainsi, si on revendique un immeuble en vertu d'une vente, et que la demande soit repoussée, on pourra, sans porter atteinte à la chose jugée, revendiquer le même immeuble contre la même personne en vertu d'un legs ou d'une donation.

(*a*) Il en serait de même dans le cas de versements réclamés pour la construction d'une église : juge Sicotte, *Syndics de Lacolle* v. *Duquette*, 15 L. C. J., p. 304. Mais, d'après un arrêt, le cas pourrait être différent s'il s'agissait d'une créance distincte, quoique basée sur le même document, ou d'une partie de la même créance : juge Beaudry, *Tait* v. *Nield*, 7 R.L., p. 224. Sur ce dernier point cette décision me parait erronée.

(*b*) Mais il est clair qu'il n'y a pas chose jugée lorsque la première action ne réclamait que les dividendes dus sur certaines parts dans un fonds social, tandis que la deuxième action réclame la pleine propriété d'autres parts semblables : cour suprême, *Holmes* & *Carter*, 12 L. N., p. 339, et 16 *Supreme Court Repts*, p. 473.

(*c*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1288. Voy. *Fraser* v. *Pouliot*, 13 R. L.' p. 1, Caron, j., et aussi les remarques du juge Ramsay, en appel, dans la cause de *Fraser* & *Jones*, 8 L. N., p. 178. La cour suprême, dans une cause de *Delorme* & *Cusson*, 28 *Supreme Court Repts.*, p. 66, a jugé que dans une action en revendication de terrain le jugement auparavant rendu sur une action en bornage ne pouvait être opposé au défendeur qui prétendait pouvoir garder le terrain en payant une indemnité.

(*d*) M. Huc, t. 8, n° 325, fait observer qu'il ne faut pas envisager la cause du droit prétendu en elle-même, mais cette cause telle qu'il a plu au demandeur de la présenter.

Cette règle est universelle et s'applique en matière réelle comme en matière personnelle. Dans le droit romain on distinguait l'action réelle de l'action personnelle. Dans celle-ci, il était nécessaire d'exprimer la cause, car on peut être créancier ou débiteur pour plus d'une cause. En matière réelle, l'indication de la cause ne paraissait pas aussi nécessaire, puisqu'on ne peut-être propriétaire en même temps plusieurs fois, et pour cela, toutes les circonstances qui avaient donné naissance au droit réel réclamé étaient censées comprises dans la demande. Il s'ensuivait que si l'action était réelle, l'exception de chose jugée empêchait toute nouvelle action réelle semblable, à moins qu'elle ne fût fondée sur une cause nouvelle subséquente au premier jugement, *causa superveniens,* ou à moins que la cause de la première demande n'eût été exprimée, *causa expressa* (*a*).

Dans notre droit comme dans le droit français moderne, aucune telle distinction n'existe. Que la matière soit réelle ou personnelle. la cause doit toujours être exprimée. Donc il suffit que la cause indiquée pour la seconde demande soit différente de celle alléguée en premier lieu, pour écarter l'exception de chose jugée. Et il importe peu que cette seconde cause ait existé quand on a invoqué la première.

Cependant, il y a des causes d'action qui s'excluent de telle manière qu'on ne peut invoquer que l'une d'elles, et que le choix de l'une emporte déchéance du droit de choisir l'autre.

Ainsi l'enfant qui se porte héritier de son père ne peut prendre part au douaire (art. 1467). Supposons qu'un enfant soit héritier à la fois de son père et de sa mère, et qu'en la première qualité il ait revendiqué un immeuble qu'il prétend avoir appartenu à son père. Si le tiers oppose un acte de vente consenti par le père, et fait renvoyer l'action de l'enfant, celui-ci ne pourra renouveler sa demande, quant à la moité de cet immeuble, en prétendant que cette moitié était affectée au douaire de sa mère.

Mais du moment qu'il n'y a pas incompatibilité entre les différentes causes qui peuvent servir de fondement à un droit prétendu, on peut les invoquer successivement sans porter atteinte à la chose jugée. Les auteurs en donnent un exemple curieux. Un individu vend successivement à deux personnes, et le premier acquéreur meurt sans avoir obtenu délivrance, laissant pour héritier le second acquéreur. Celui-ci, s'il n'a pas obtenu la possession de la chose vendue, peut la revendiquer, soit en vertu de la première vente et comme héritier du premier ven-

---

(*a*) Voy. M. Huc, n° 326.

deur, soit en vertu de la seconde vente en exerçant un droit né en sa personne, et le renvoi de l'action qu'il a portée en sa qualité d'héritier du premier acquéreur, ne l'empêchera pas d'exercer le droit de revendication qu'il tient de sa propre acquisition (*a*).

L'application de ce principe n'est pas toujours facile. Il est évident que si la loi accorde à une personne le choix entre deux recours, l'exercice de l'un de ces recours emporte renonciation à l'autre, et cela non pas en vertu du principe de la chose jugée, mais parce que le demandeur a épuisé son droit d'option par l'exercice de l'un des deux recours. Je suppose que le recours a été exercé, car le désistement d'une action intentée semble rendre au demandeur l'option qui lui était ouverte au début, à moins que la loi ne s'y oppose, ou qu'il n'ait pris, en exerçant la première action, une qualité qui le prive du droit d'exercer la seconde, comme dans le cas de l'enfant qui pourrait réclamer le douaire, mais qui prend la qualité d'héritier de son père. Ainsi, quand la chose vendue est atteinte d'un vice caché, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder cette chose et de se faire rendre une partie du prix suivant évaluation (art. 1526). On enseigne qu'après avoir intenté l'une des deux actions, il peut s'en désister et porter l'autre, s'il est encore dans les délais, mais, s'il a persisté et que son action ait été renvoyée, il ne peut, d'après la plupart des auteurs, intenter l'autre action. Je ne vois pas là application du principe de la chose jugée, car l'objet des deux actions n'est pas le même. On peut invoquer, peut-être, la maxime *una via electa, non datur regressus ad alteram*, mais M. Huc (n° 328) prétend que cette maxime ne repose sur aucun fondement juridique. Quoi qu'il en soit, la solution que j'ai indiquée paraît certaine (*b*).

Je dois me borner, cependant, car en entrant dans l'examen de l'application du principe qui écarte la seconde action quand sa cause est identique à celle de la première, je risquerais d'être très long, chaque espèce ayant sa physionomie particulière. Je

---

(*a*) Comp. M. Huc, n° 327.

(*b*) Une question intéressante, c'est de savoir si le demandeur en dommages-intérêts, à raison d'un quasi-délit, peut, après avoir obtenu une indemnité, réclamer de nouveaux dommages survenus, à raison du même délit, depuis le premier jugement. L'affirmative a été jugée en France (Cass., 10 décembre 1861, D., 62. 1. 123 ; Aix, 2 avril 1870, D., 71, 2. 241); mais le juge Taschereau, de la cour suprême, a exprimé l'opinion contraire dans la cause de *La cité de Montréal* & *Magee*, 30 *Supreme Court Repts.*, p. 582, en invoquant des autorités anglaises, ainsi qu'une différence entre notre droit et le droit français moderne, quant à la prescription, qui rendrait les arrêts français inapplicables ici.

puis cependant, et très brièvement, dire qu'il ne faut pas confondre les *moyens* qu'on invoque au soutien d'une demande, avec la *cause* même de cette demande. Ainsi le renvoi d'une action demandant l'annulation du consentement pour violence, n'empêchera pas le maintien d'une autre action demandant l'annulation de ce même consentement pour cause de dol. Il est vrai qu'on touche là à une distinction très subtile qu'on a cherché à faire entre la cause *médiate* et la cause *immédiate* d'une demande, mais la solution que j'adopte me paraît la véritable, et je me contente de renvoyer le lecteur à la savante discussion qu'en a faite M. Huc (n[os] 329 et suiv.) (*a*).

Le juge Pagnuelo, dans une cause de *Hartman* v. *Babson,* R. J. Q., 9 C. S., p. 241, a décidé que les moyens invoqués sans succès par un créancier dans une requête en annulation de la cession de biens faite par son débiteur, ne pourront être de nouveau invoqués par lui dans une contestation de l'opposition, faite par le curateur de la faillite, à la saisie pratiquée par ce créancier sur les biens du failli. Mais il est à remarquer que dans les deux espèces il s'agissait de savoir si la cession de biens était valable.

Le juge Lemieux, dans la cause de *Larivière* v. *La corporation de la ville de Richmond,* R. J. Q., 21 C. S., p. 37, a jugé qu'on ne peut invoquer de nouveau à l'encontre d'une action basée sur un contrat des moyens qu'on a invoqués avec insuccès dans une action en annulation du contrat. Ce jugement a été confirmé en appel.

Les arrêts que je vais maintenant citer ont décidé qu'il n'y avait pas identité de cause dans les espèces en question.

L'action hypothécaire est basée sur la possession du tiers détenteur poursuivi, et comme cette possession se renouvelle de jour en jour, le renvoi d'une première action, pour défaut de preuve de la possession, n'empêche pas une nouvelle action: cour d'appel, *Nye & Colville,* 5 L. C. R., p. 408.

Le jugement qui maintient une exception dilatoire à l'encontre d'une action hypothécaire, ne peut être invoqué comme chose jugée à l'encontre d'une action personnelle intentée pour la même créance: Juge Andrews, *Queen* v. *Atkinson,* 15 Q. L. R., p. 171.

Le jugement qui a maintenu la saisie-gagerie de certains effets ne constitue pas chose jugée contre le débiteur de telle façon qu'il ne puisse prouver que ces effets ne lui appartiennent pas à l'encontre d'un *capias* contre lui, basé sur le fait qu'il

(*a*) Comp. aussi M. Baudry-Lacantinerie, n° 1289.

aurait caché et soustrait les mêmes effets: cour de revision, *Morris* v. *Wilson*, M. L. R., 3 S. C., p. 470.

Le jugement qui a donné congé d'une saisie-arrêt, à la suite du défaut du demandeur de contester la déclaration du tiers-saisi, n'empêche pas le demandeur de poursuivre par action directe l'annulation d'un transport gratuit fait par le défendeur au tiers-saisi, et mentionné dans la déclaration de ce dernier; en effet, cette demande n'est pas fondée sur la même cause que celle de l'instance jugée: Juge Tellier, *Hétu* v. *Brasseur*, 8 R. de J., p. 1.

TROISIÈME CONDITION: *Identité de personnes.* — Pour qu'il y ait chose jugée, il faut enfin, dit l'article 1241, que la demande soit " entre les mêmes personnes agissant dans les mêmes qualités." C'est ce que les jurisconsultes appelaient *eadem conditio personarum.* L'identité d'objet et de cause fait que la question jugée est la même et le premier arrêt aura une portée considérable sur le second et pourra, s'il émane d'un tribunal d'appel, emporter conviction dans l'esprit du second juge. Mais ce n'est là qu'une autorité de raison et elle diffère essentiellement de l'autorité de la chose jugée, en ce que dans le premier cas l'arrêt pourra être écarté s'il est mal fondé, tandis que, lorsqu'il y a chose jugée, un arrêt même erroné clôt toute discussion. L'autorité de la chose jugée est donc toute relative, tandis que celle des arrêts, ou l'autorité judiciaire, peut être absolue en ce sens qu'elle s'appliquera à tout le monde (*a*).

Donc quand les personnes sont les mêmes, ce qui ne suffit pas encore, et qu'elles agissent dans les mêmes qualités, pour peu qu'il y ait identité d'objet et de cause, il y aura chose jugée.

Et par identité des personnes, il faut entendre l'identité *juridique* et non pas l'identité *physique.* Ainsi, l'auteur et son héritier, le mandataire et le mandant, constituent la même personne juridique, quoique la personne physique soit différente. Donc il n'est pas absolument nécessaire qu'une partie ait *personnellement* figuré au premier procès, il suffit qu'elle y ait été représentée (*b*).

La question de la représentation peut donner lieu à des difficultés pratiques. Disons, d'une manière générale et sans entrer dans des détails, que les successeurs universels ou à titre universel, et les donataires aux même titres, sont représentés par leur

---

(*a*) Le lecteur me permettra, pour compléter ma pensée, de renvoyer à un article sur l'*autorité judiciaire* que j'ai publié dans la *Revue Légale*, nouvelle série, t. 6, p. 145.

(*b*) Voy. en ce sens *Dingwall & McBean*, 30 *Supreme Court Repts.*, p. 441

auteur. De même le débiteur, règle générale, représente ses créanciers chirographaires. L'ayant cause à titre particulier n'est pas représenté par son auteur et le jugement rendu contre celui-ci, ou en faveur de celui-ci, ne peut lui être opposé, ou être opposé par lui, que si ce jugement a déterminé le droit que son auteur lui a transmis (*a*).

J'ai déjà dit qu'il faut encore que la partie agisse dans les deux instances dans la même qualité (*b*). Ainsi, celui qui a d'abord agi comme mandataire, tel qu'un tuteur, peut ensuite porter la même demande en son nom propre à raison du droit qui peut lui compéter personnellement, mais il n'en serait pas de même du mandant, car, par suite de la représentation, il est censé avoir lui-même figuré au premier procès.

Dans une cause de *Dorion* & *Dorion*, 18 R. L., p. 645, la cour d'appel a décidé qu'il n'y a pas chose jugée lorsque le premier jugement n'a pas décidé du mérite de la cause, mais seulement que le demandeur n'avait pas, en la qualité qu'il prenait, le droit invoqué par lui (*c*).

Le jugement rendu avec le vendeur d'une créance a l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'acheteur s'il est antérieur à l'acte d'acquisition, et le même principe s'applique dans le cas de subrogation: Juge Archibald, *Davis* v. *McConniff*, 2 R. de J., p. 543.

Le débiteur d'une hypothèque ne représente pas son créancier, et l'annulation de son titre à l'immeuble affecté, prononcée contre lui, n'est pas chose jugée contre le créancier de l'hypothèque: Juge Casault, *Ouellette* v. *Rochette*, 9 Q. L.R., p. 289.

Les corporations municipales représentent en justice leurs contribuables, et un jugement rendu en faveur d'une telle corporation ou contre elle, peut, lorsqu'il y a identité d'objet ou de cause, être opposé à tout contribuable: cour d'appel, *Stevenson* & *City of Montreal*, R. J. Q., 6 B. R., p. 107.

Le jugement qui renvoie avec dépens une action intentée par un interdit sans l'assistance de son curateur n'empêche pas le

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1292. Voy. aussi la cause de *Larivière* v. *La Corporation de la Ville de Richmond*, juge Lemieux, R. J. Q., 21 C. S., pp. 42 et 43 du rapport.

(*b*) L'autorité de la chose jugée ne pourrait être invoquée contre une femme poursuivant en qualité de séparée de biens, pour la raison qu'une action basée sur la même cause et pour le même objet, prise par elle en qualité de commune en biens, aurait déjà été renvoyée: cour d'appel, *Bernier* & *Gendron*, 17 Q. L. R , p. 377.

(*c*) Cette décision a été infirmée en cour suprême (20 *Supreme Court Repts.*, p. 430), mais sans toucher à ce point.

curateur de pouvoir s'opposer à la saisie des biens de l'interdit pour le paiement de ces dépens: cour d'appel, *Heppel & Billy,* 15 Q. L. R., p. 41, et 19 R. L., p. 465.

La chose jugée à l'encontre du débiteur solidaire ou du débiteur principal peut-elle être opposée au codébiteur ou à la caution? Nos tribunaux ont décidé cette question dans l'affirmative: Juges Duval et Meredith, *Brush* v. *Wilson,* 2 L. C. R., p. 249; cour d'appel, *Lamy & Drapeau,* 1 D. C. A., p. 237, et 7 Q. L. R., p. 383; Juge Archibald, *Alixe* v. *Boulais,* 7 R. de J., p. 70.

La même chose a lieu entre cofidéjusseurs: Juge Davidson, *Truteau* v. *Fahey,* R. J. Q., 2 C. S., p. 449. Ce dernier juge a cependant décidé (*Casgrain* v. *Leblanc,* R. J. Q., 4 C. S., p. 350) que lorsqu'une personne qui a donné caution de garder la paix a subséquemment été condamnée pour tentative de voies de fait, ses cautions pourront quand même plaider et prouver à l'encontre de l'action intentée contre elles sur le cautionnement, qu'il n'y a pas eu contravention au cautionnement.

3° *Des effets de la chose jugée.* Quand les trois identités se rencontrent, je l'ai dit, le fait jugé est présumé vrai et la preuve contraire ne peut rien contre cette présomption (*a*). Ajoutons— sauf les recours ordinaires ou extraordinaires auxquels il peut encore y avoir ouverture — que cette présomption purge tous les vices de la sentence qui ne la rendent pas inexistante (*b*).

La chose jugée donne encore à la partie une action dite *judicati* qui ne se prescrit que par trente ans (art. 2265).

Enfin, il va sans dire que la présomption de la chose jugée n'existe qu'à l'égard des parties et de leurs ayants-cause: elle ne peut être invoquée comme telle à l'égard des tiers: *res inter*

(*a*) Le montant d'une dette établi par un jugement ne peut plus être contredit, même dans la contestation d'un *capias* basé sur ce jugement: juge Davidson, *Cushing* v. *Fortin,* R. J. Q., 1 C. S., p. 512, et cour de revision, même cause, R. J. Q., 1 C. S., p. 551.

Il a cependant été décidé par le juge Gill, dans une cause de *Rohdt* v. *Gagnon,* 11 L. N., p. 186, que le débiteur qui avait été condamné à payer une dette qu'il avait déjà payée, pouvait, en prouvant le fait du premier paiement, recouvrer le montant payé sur ce jugement, et qu'on ne pouvait lui opposer la chose jugée.

Enfin, dans une cause de *Boisclair & Lalancette,* 5 L. N., p. 266, la cour d'appel a décidé que la partie condamnée ne pourrait recourir en dommages contre la partie adverse qui aurait obtenu jugement contre elle au moyen d'un faux affidavit, ce jugement constituant chose décidée et jugée.

(*b*) Mais si la partie a renoncé en quelque façon aux bénéfices que lui conférait la sentence, par un compromis ou autrement, elle ne peut plus se prévaloir de la chose jugée: cour d'appel, *Wood & Davis,* R. J. Q., 4 B. R., p. 453.

alios judicata aliis nec nocere nec prodesse potest (*a*). C'est d'ailleurs en vue de ce principe que notre code de procédure accorde aux tiers le recours de la tierce opposition contre les jugements (articles 1185 à 1188 C. P.).

§ III. *Des présomptions simples.*

J'ai dit que les présomptions se divisent en présomptions légales et en présomptions simples, dites aussi présomptions de l'homme ou de fait. Ce sont des déductions que l'homme, ou pour mieux dire le juge, tire des faits admis par les parties ou établis en preuve. La loi ne les caractérise pas d'une manière plus précise, et se contente de les abandonner à la discrétion du tribunal. C'est ce que porte en ces termes l'article 1242, le seul qui s'occupe des présomptions simples.

1242. " Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées à la discrétion et au jugement du tribunal."

Notre article reproduit, en termes un peu différents mais qui rendent la même pensée, la dernière partie de l'article 1353 du code Napoléon. Mais ce dernier article, après avoir dit que les présomptions simples sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, restreint et limite cette discrétion en exigeant que le juge n'admette que des présomptions graves, précises et concordantes, et cela seulement dans une matière ou la preuve testimoniale est elle-même admissible.

Donc, dans le droit français moderne, deux conditions sont nécessaires :

1° On ne peut admettre une présomption simple que lorsque le fait à établir pourrait être prouvé par témoins ;

2° Les présomptions admises doivent être graves, précises et concordantes.

Aucune telle restriction n'existe dans notre droit. Je conclus donc que le juge peut admettre des présomptions simples dans une matière où la preuve testimoniale serait inadmissible (*b*). Pothier (*c*) en donne un exemple quand il dit que la remise de pièces à un procureur *ad litem* constitue une présomption du

---

(*a*) Juge Meredith, *Fraser* v. *Pouliot*, 13 R. L., p. 1 ; cour d'appel, *Wood & Davis*, R. J. Q., 4 B. R., p. 453 ; juge Taschereau, *The Shoe Wire Grip Co.* v. *La ville de Terrebonne*, 7 R. de J., p. 540.

(*b*) Le juge Langelier (n° 217), s'exprime également dans ce sens, et la cour d'appel a ainsi jugé dans la cause de *Damien & La société de prêts et placements de Québec*, 3 R. de J., p. 32.

(*c*) *Obligations*, n° 848.

mandat de ce procureur qui dispense celui-ci d'en apporter toute autre preuve (*a*). Or, dans l'ancien droit, et avant des récents amendements qui ont été notés ailleurs (*suprà*, p. 81), on ne pouvait, si la matière dépassait $50, prouver un tel mandat par témoins, sans un commencement de preuve par écrit, et pourtant on permettait de l'établir par une présomption simple (*b*). Donc dans toute cause le juge peut accueillir une présomption simple (*c*).

Quant à la deuxième restriction du code français, on peut dire que puisque le législateur abandonne les présomption qui ne sont pas établies par la loi à la discrétion et au jugement du tribunal, il laisse le juge libre d'apprécier quelles présomptions doivent être admises, et quelles doivent être rejetées. Cependant, nos tribunaux se sont montrés disposés à exiger la gravité, la précision et la concordance des présomptions simples qu'on invoque devant eux.

Il ne me reste guère rien à ajouter. Puisque tout est abandonné à la discrétion du tribunal, ce sera au juge à dire quelle force probante doit être accordée à une présomption simple, et si la partie qui l'invoque peut se dispenser de toute autre preuve. Ce qui est certain, c'est que la partie contre laquelle une présomption simple est invoquée peut la combattre par une preuve contraire, chose qu'elle pourrait faire en présence même d'une présomption légale qui ne constitue pas une présomption *juris et de jure*.

Il est superflu d'essayer de donner des exemples de présomptions simples. Les arrêts que je cite plus loin en indiquent un grand nombre. Le long silence du créancier, le fait qu'il a payé plusieurs fois des sommes d'argent à son débiteur, qu'il a vécu en grande intimité avec lui, peuvent constituer une présomption

---

(*a*) Voy. en ce sens, cour d'appel, *Dupuis & Archambault*, R.J.Q , 7 B. R., p. 393.

(*b*) Cependant le tribunal ne doit admettre comme faisant présumer le mandat que des faits impliquant nécessairement l'idée du mandat : cour d'appel, *Gibb & McAdam*, 16 R. L., p. 425.

(*c*) On opposera peut-être les termes de l'article 1233 qui, après avoir énuméré les cas où la preuve testimoniale est admissible, ajoute : "dans "tous les autres cas, la preuve doit se faire au moyen d'écrits ou par "serment de la partie adverse" ; mais si on donnait cette interprétation à la disposition que j'ai citée, elle exclurait la présomption légale comme la présomption simple. D'ailleurs, la preuve par présomption échappe aux inconvénients que présente la preuve testimoniale, et si le législateur avait voulu la restreindre à certains cas, il n'aurait pas manqué de le dire, surtout en présence de l'article 1353 du code Napoléon dont il a emprunté une partie.

de remise suffisante pour motiver le renvoi d'une action intentée par son héritier contre le débiteur (*a*). Quelquefois une seule présomption ne suffirait pas, alors que plusieurs présomptions graves, précises et concordantes constitueraient une preuve complète. Comme je l'ai dit, tout est abandonné à la discrétion du tribunal.

C'est ainsi que la contrefaçon d'un livre se prouvera le plus souvent par les présomptions qui résultent des ressemblances qui existent entre les deux ouvrages et par les circonstances qui peuvent déceler *l'animus furandi* chez l'auteur du second ouvrage; s'il s'agit de compilations de faits et de statistiques tirés du domaine public, la présomption qui résulte des ressemblances est moins forte que lorsqu'il s'agit d'une œuvre littéraire originale: cour d'appel, *Beauchemin* & *Cadieux,* R. J. Q., 10 B. R., p. 255 (*b*).

Lorsque les faits essentiels d'une cause remontent à une époque éloignée, la loi permet d'adopter les présomptions qui résultent de probabilités et de documents d'une validité apparente, ainsi que du silence et de l'acquiescement des parties: juge Davidson, *Vinet* v. *Paré,* R. J. Q., 3 C. S., p. 235.

La vérité d'un fait se présume souvent du silence dans lequel s'est tenue la partie à laquelle on l'oppose. En effet le silence constitue une sorte d'approbation ou d'aveu. Ainsi celui qui reçoit et garde un écrit sans protester peut être présumé admettre les droits que cet écrit mentionne: juge Mathieu, *Boisvert* v. *Saurette dit Larose*, 19 R. L., p. 2; juge Jetté, *Crane* v. *McBean,* R. J. Q., 4 C. S., p. 331; juge Tait, *Vipond* v. *Findlay,* M. L. R., 7 S. C., p. 242. Un paiement reçu ou une quittance donnée, sans réserve des droits additionnels qu'on voudrait ensuite réclamer, feront présumer un règlement complet: cour d'appel, *Roberge* & *North Shore Ry. Co.,* 34 L. C. J., p. 315; juge Tait, *Reburn* v. *Ontario and Quebec Ry.,* M. L. R., 5 S. C., p. 211, et cour d'appel, même cause, M. L. R., 6 Q. B., p. 381, et 34 L. C. J., p. 299.

En l'absence de preuve contraire, les mots qui sont rayés dans

---

(*a*) Voy. une espèce analogue que cite Pothier, *Obligations,* n° 848. Voy. aussi la cause de *Guérremont* & *Guévremont,* 34 L. C. J., p. 300, dans laquelle la cour d'appel a trouvé que le long silence du créancier faisait présumer le paiement d'une créance qu'il avait contre un de ses parents avec qui il était en relations d'affaires. Le juge Torrance, dans la cause de *Allard* v. *Legault,* 1 R. L., p. 85, a jugé que le fait du paiement peut se présumer par le laps de temps ou par toute autre circonstance qui rend ce fait probable.

(*b*) Ce jugement a été confirmé en cour suprême.

un écrit seront présumés avoir été rayés en même temps que l'écrit a été signé : juge Doherty, *Alley* v. *Trenholme*, R. J. Q., 3 C. S., p. 163.

De même, en l'absence de la preuve de nouvelles conditions d'engagement, l'employé qui reprend son emploi, après l'avoir quitté, est présumé l'avoir repris aux mêmes conditions qu'auparavant : même juge, *Platt* v. *Drysdale*, R. J. Q., 2 C. S., p. 282.

Les avances d'argent faites à l'entrepreneur, à l'origine ou dans le cours des travaux, ne doivent pas être considérées comme une présomption d'acceptation d'ouvrages qui ne sont pas encore faits ni terminés : juge Taschereau, *Thérien* v. *Villiotte dit Latour*, 20 R. L., p. 209.

La partie qui s'était chargée d'assurer un immeuble, sinon, de payer les primes de l'assurance effectuée par son créancier, est présumée avoir eu connaissance de l'assurance effectuée par ce dernier : cour de revision, *Mackay* v. *Glasgow and London Insurance Co*. M. L. R., 4 S. C., p. 124. De même la banque qui escompte un billet et qui porte le produit de ce billet dans ses livres au crédit du faiseur et non au crédit de l'endosseur, est présumée savoir que ce billet a été endossé par complaisance : même cour, *Banque Jacques-Cartier* v. *Quesnel*, 17 Q. L. R., p. 8.

Les entrées faites dans les livres du créancier ou du débiteur formeront contre lui une forte présomption : juge Smith, *Lalonde* v. *Rolland*, 10 L. C. J., p. 321. Mais cette présomption peut être détruite par la preuve que l'entrée est erronée : cour d'appel, *Caldwell* v. *Shaw*, M. L. R., 4 Q. B., p. 246, et cour suprême, même cause, 12 L. N., p. 221, et 17 *Supreme Court Repts.*, p. 357.

Une lettre du débiteur qui mentionne un billet sera présumée, en l'absence de preuve contraire, avoir trait au billet poursuivi : cour de revision, *Thompson* v. *McLeod*, 1 L. C. J., p. 155.

La preuve de l'adultère ou de la séduction se fait ordinairement par des indices, ou par des présomptions suffisantes pour convaincre le juge : cour d'appel, *St-Laurent & Hamel*, R. J. Q., 1 B. R., p. 438 ; cour de revision, *Murray* v. *Matheson*, R. J. Q., 7 C. S., p. 240.

La présomption de survie, dans le cas où plusieurs personnes périssent dans une même événement, est déterminée par les circonstances, et ce n'est qu'à défaut de circonstances déterminantes que les présomptions établies par les articles 604 et 605 C. C. s'appliquent, et d'ailleurs elles ne s'appliquent que dans le cas de successions *ab intestat* (*a*).

(*a*) Voyez la cause de *Busby* & *Ford*, R. J. Q., 3 C. S., p. 270, décidée par la cour de revision.

Chaque cas de présomption simple ayant une physionomie spéciale, laissée à l'appréciation du juge, je ne citerai pas ici les arrêts se rapportant à des espèces particulières, et je me dispenserai de rapporter les causes relatives à la présomption de fraude ou de faute, ou à d'autres cas semblables, traités ailleurs dans cet ouvrage.

SECTION V. — DE L'AVEU.

On peut dire que l'aveu est la preuve par excellence, puisque le fait sur lequel il porte cesse d'être contesté et contestable. A poursuit B sur un prêt de $100, et B reconnaît avoir fait cet emprunt. Si B ne va pas plus loin, en ajoutant que la somme empruntée a été payée, A n'a qu'à prendre jugement sur la confession de B, et le procès a pris fin. Mais il arrive rarement que l'aveu soit aussi simple. Il se peut que le défendeur, ne pouvant nier la dette, ajoute dans son aveu qu'il s'est libéré de cette dette, et que le demandeur n'a pas de créance contre lui. Ou bien on peut se demander si le défendeur avait la capacité requise pour faire l'aveu, ou s'il peut le rétracter. Il se présente alors des questions complexes et ardues. Le demandeur peut-il diviser l'aveu du défendeur? Celui-ci pouvait-il s'engager par son aveu, ou s'il le pouvait, peut-il le rétracter? Le but de cette section est de résoudre les questions que je viens d'indiquer.

I.—Définition. Notre code, pas plus que le code Napoléon, ne définit l'aveu. Dans son acception générale, l'aveu est toute reconnaissance qu'une personne fait de la vérité d'une allégation dirigée contre elle. Mais, au sens juridique, c'est une déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques (*a*).

Puisque l'aveu est une déclaration, il s'ensuit que le silence d'une partie ne constitue pas en général une reconnaissance du fait en question. Cependant, dans une procédure judiciaire, le silence peut constituer un aveu. En effet, chaque partie est tenue de répondre spécialement et catégoriquement aux allégations de la partie adverse, en les admettant, en les niant ou en déclarant qu'elles ne sont pas à sa connaissance (art. 202 C. P.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1295. L'admission par une partie qu'un fait lui aurait été avoué par une autre, n'est pas un aveu de l'existence de ce fait : cour d'appel, *Lagueux & Lambert dit Champagne*, 17 Q. L. R., p. 335.

C.) (*a*). Il en est de même si la partie est assignée à répondre sur faits et articles (art. 366 C. P. C.) (*b*).

Il n'en reste pas moins vrai, cependant, que l'aveu proprement dit est tout d'abord une déclaration de la partie. Cette déclaration doit porter sur un fait; la reconnaissance qu'une partie ferait d'une proposition de droit ne la lierait pas et lierait encore moins le tribunal. Mais c'est un acte unilatéral qui ne requiert pas l'acceptation de la partie adverse, laquelle, bien entendu, n'est pas obligée de s'en prévaloir.

II.—Des différentes espèces d'aveu. Il y a deux espèces d'aveu : l'aveu extrajudiciaire et l'aveu judiciaire (art. 1243, al. 1). Le premier est celui que fait toute personne, mais en dehors d'un procès où elle est partie; le second ne peut être fait que par une partie et doit l'être au cours du procès où cette partie figure. Ainsi la déclaration faite par un témoin dans un procès mû entre d'autres personnes n'est qu'un aveu extrajudiciaire, bien qu'il ait lieu devant la justice. L'aveu judiciaire n'a d'ailleurs cette qualité que dans le procès même où il a été fait; dans un autre procès, même entre les mêmes parties, ce n'est qu'un aveu extrajudiciaire.

La distinction entre l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire n'est pas très importante dans notre droit, car, à la différence du droit français moderne, notre code rend l'un et l'autre indivisible. Je puis dire, toutefois, que la preuve de l'aveu extrajudiciaire se fait d'après les règles ordinaires qui régissent la preuve, tandis que l'aveu judiciaire se trouve tout prouvé puisqu'il se fait dans l'instance même. Ajoutons qu'il n'est pas nécessaire que l'un ou l'autre soit fait sous serment, et que l'aveu judiciaire peut être la déclaration de la partie ou celle de son procureur dûment autorisé.

III. — Qui peut faire un aveu. Les règles de la capacité ici ne sont pas les mêmes qu'en matière de témoignage. Il se peut en effet qu'une personne puisse être témoin et cependant qu'elle ne

(*a*) L'acquiescement du défendeur à une demande de cession fondée sur une dette particulière, et la mention par lui de cette dette dans son bilan, constitue une preuve suffisante de la dette, en l'absence de preuve d'erreur : juge Doherty, *Laberge* v. *Brosseau*, R. J. Q., 16 C. S., p. 430.

(*b*) Cependant le fait que des interrogations sur faits et articles ont été déclarés avérés, vu le défaut de la partie d'y répondre, ne peut être invoqué dans une autre cause comme constituant l'aveu de cette partie : cour d'appel, *Durocher* & *Durocher*, R. J. Q., 5 B. R., p. 458 (confirmé par la cour suprême, 27 *Supreme Court Repts.*, p. 363.

puisse pas s'engager par ses aveux. Comme l'aveu emporte la reconnaissance d'un fait d'où découle un droit, il s'ensuit qu'il ne peut émaner que de celui qui pourrait disposer de l'objet sur lequel l'aveu porte. Ainsi le mineur et l'interdit ne peuvent en principe s'engager par leurs aveux, le tuteur ou le curateur ne le saurait faire que dans les limites de ses pouvoirs. Cependant, dans les cas prévus par l'article 304, le mineur pourrait faire un aveu valable.

Quant à la femme mariée, si elle est séparée de biens, et au mineur émancipé, ils peuvent s'obliger par leurs aveux dans les matières qui concernent la simple administration de leurs biens. La femme mariée autorisée de son mari peut faire un aveu valable dans toute matière, et l'autorisation que la femme reçoit d'ester en justice lui donne le pouvoir de faire un aveu judiciaire qui se rapporte à l'objet en litige.

Le mandataire, agissant dans les limites de son mandat, engagera son mandant par ses aveux relatifs à son administration (voy. plus haut, p. 78, note (*b*)). Dans le droit français moderne, le mandataire doit être spécialement autorisé pour faire un aveu judiciaire (art. 1356, al. 1). Nous n'avons pas de disposition semblable et je crois que dans les cas où le mandataire peut obliger son mandant par les contrats qu'il fait au nom de celui-ci, il peut le lier par ses aveux (*a*). Les procureurs *ad litem* engagent leurs parties par les aveux qu'ils font dans un procès, sauf le cas où la loi exige un pouvoir exprès et sauf aussi le droit de la partie de désavouer son procureur lorsqu'elle ne l'a pas constitué comme tel. Ajoutons que les associés peuvent se lier les uns les autres par leurs aveux comme ils le pourraient par leurs contrats (*b*). Il va sans dire qu'un successeur universel où à titre universel subit les aveux fait par son auteur.

IV. — De l'indivisibilité de l'aveu et des exceptions que cette règle comporte. Aux termes de l'alinéa premier de l'article 1243, " l'aveu est extrajudiciaire ou judiciaire. Il ne peut être

---

(*a*) Tel est l'avis du juge Langelier, n[os] 42 et suiv.

(*b*) Cependant si le fait qu'on veut prouver est l'existence même de la société, l'aveu de l'un des prétendus associés ne peut valoir contre les autres : juge Day, *Bowker* v. *Chandler*, M. C. R., p. 15. Et après la dissolution de la société, l'aveu de l'un des associés ne peut plus lier ses anciens co-associés: cour de revision, *Dansereau* v. *Gervais*, R. J. Q., 12 C. S., p. 186.

"divisé contre celui qui le fait" (*a*). Donc tout aveu judiciaire ou extrajudiciaire est en principe indivisible (*b*).

L'indivisibilité de l'aveu est fondée sur les principes les plus élémentaires de l'équité. Elle consiste à prendre tout l'aveu, c'est-à-dire toute la déclaration faite par une personne et non pas seulement la partie qui convient à l'adversaire (*c*). Mais certains aveux par leur simplicité même ne se prêteraient à aucune division, d'autres, au contraire, par leur complexité ou par les circonstances qui y sont relatées, peuvent contenir plusieurs déclarations et être susceptibles, matériellement parlant, de division. Cela m'amène à dire qu'il y a des aveux *purs et simples*, des aveux *qualifiés* et des aveux *complexes*.

✓L'aveu *pur et simple* est celui qui reconnaît la vérité d'un fait allégué par la partie adverse, sans rien qualifier ni ajouter. Ainsi je vous poursuis pour prêt et vous reconnaissez m'avoir emprunté la somme que je vous réclame. Il ne peut être question de diviser un tel aveu et la partie adverse n'a qu'à en demander acte.

✓L'aveu est qualifié lorsque le fait principal est reconnu, mais avec une modification qui en altère la nature juridique. Ainsi, je prétends que vous m'avez emprunté telle somme portant intérêt à tel taux. Vous reconnaissez avoir fait l'emprunt, mais vous ajoutez qu'il ne devait pas porter intérêt.

✓Enfin, il y a aveu complexe lorsqu'à côté du fait principal qu'on reconnaît, on ajoute un fait nouveau qui tend à libérer des conséquences de l'obligation dont on a avoué l'existence. Ainsi j'allègue que je vous ai prêté telle somme. Vous répondez : il est vrai que je vous ai emprunté cette somme, mais je vous l'ai sub-

---

(*a*) En France, cela n'est vrai d'une manière absolue que de l'aveu judiciaire; l'aveu extrajudiciaire est cependant indivisible en principe, mais cette indivisibilté n'y est pas consacrée par une règle de droit. Notre article, au contraire, ne fait à cet égard aucune distinction.

(*b*) Ce principe s'applique aux comptes qu'on produit dans une cause, dont les différents items ne peuvent être divisés, de manière à adopter ceux qui sont favorables et à rejeter ceux qui ne le sont pas : cour d'appel, *Bilodeau & Lemieux*, 19 R. L., p. 370 ; cour de revision, *Delaney* v. *Love*, R. J. Q., 14 C. S., p. 40 ; cour d'appel, *Paré & Paré*, R. J. Q., 2 B. R., p. 489 (ce dernier jugement a été infirmé par la cour suprême, 23 *Supreme Court Repts.*, p. 243, mais pour d'autres motifs.

(*c*) Voyez les causes suivantes, dans lesquelles on a appliqué le principe de l'indivisibilité de l'aveu : juge Torrance, *O'Brien* v. *Molson*, 21 L. C. J., p. 287, et cour d'appel, même cause, 24 L. C. J., p. 43 ; cour d'appel, *Sauvé & Saint-Denis dit Véronneau*, 24 L. C. J., p. 308 ; cour suprême, *Fulton & McNamee*, 2 *Supreme Court Repts.*, p. 470 ; cour d'appel, *Pratt & Berger*, 28 L. C. J., p. 192, et 7 L. N., p. 235.

séquemment remboursée. Cet aveu est complexe, car il se décompose réellement en la reconnaissance de deux faits (*a*).

Eliminons l'aveu pur et simple qui met fin réellement au litige quant au fait avoué, pour ne nous occuper que de l'aveu qualifié et de l'aveu complexe. L'un et l'autre sont en principe indivisibles, mais cette règle comporte quelques exceptions que l'article 1243 énonce en ces termes:

" Néanmoins, l'aveu peut être divisé dans les cas suivants " d'après les circonstances et suivant la discrétion du tribunal:

" 1° Lorsqu'il contient des faits étrangers à la contestation " liée;

" 2° Lorsque la partie contestée de l'aveu est invraisemblable " ou combattue par des indices de mauvaise foi, ou par une " preuve contraire;

" 3° Lorsqu'il n'y a pas de connexité ou de liaison entre les " faits mentionnés dans l'aveu " (*b*).

Reprenons chacun de ces cas.

1° L'aveu peut être divisé " lorsqu'il contient des faits étran- " gers à la contestation liée. " Il ne s'agit ici que de l'aveu complexe, le seul qui contienne deux déclarations distinctes. Le législateur suppose que l'aveu est émané de la partie après la contestation liée, que cet aveu reconnaît la vérité de l'allégation, mais énonce un fait nouveau de nature à libérer la partie des conséquences de l'obligation avouée.

Ainsi A poursuit B sur un prêt et B plaide paiement. Il y aurait ici un aveu complexe, mais indivisible, et A ne tente pas de le diviser, mais interroge B pour prouver le prêt. B reconnaît avoir emprunté la somme en question, mais ajoute que A lui a subséquemment fait remise de sa créance. L'allégation de

---

(*a*) Dans les causes suivantes on a jugé qu'un pareil aveu est indivisible: juge Rainville, *Montchamps* v. *Perras*, 24 L. C. J., p. 231 ; juge Torrance, *Johnson* v. *Longtin*, 24 L. C. J., p. 292, et 3 L. N., p. 86 ; cour de revision, *Dubuque* v. *Dubuque*, 7 L. N., p. 32 ; juge Casault, *Marmen* v. *Marmen*, 10 Q. L. R., p. 32.

(*b*) Toute cette disposition est tirée de l'article 231 de l'ancien code de procédure civile, et a été ajoutée, en 1897, à l'article 1243 du code civil—qui ne contenait auparavant que le premier alinéa que j'ai cité plus haut—par le statut 60 Vict., ch. 50. Il y a toutefois une modification qui a été apportée à l'article 231 de l'ancien code de procédure civile. Cet article admettait la division de la réponse donnée par la partie lorsque la partie contestée de cette réponse était combattue par des indices *de dol* ou de mauvaise foi. Le dol étant toujours accompagné de mauvaise foi, il n'était pas nécessaire de le mentionner spécialement.

Ajoutons que le code Napoléon n'énonce pas les cas où l'aveu peut être divisé, mais la jurisprudence et la doctrine ont suppléé à son silence.

cette remise est étrangère à la contestation liée, et partant A peut diviser l'aveu de B et se prévaloir de la reconnaissance qu'il comporte du prêt allégué (*a*).

2° L'aveu peut encore être divisé lorsque la partie contestée de l'aveu est invraisemblable ou combattue par des indices de mauvaise foi, ou par une preuve contraire." Il s'agit ici de l'aveu qualifié comme de l'aveu complexe.

Donnons un exemple de l'aveu qualifié. A poursuit B prétendant lui avoir prêté la somme de $100. B reconnaît avoir reçu cette somme, mais à titre de don et non pas de prêt. Or il appert que A était pauvre, tandis que B était possesseur d'une grande fortune. Dans ce cas il est invraisemblable que A ait donné à B une somme dont celui-ci n'avait nullement besoin, et qui constituait peut-être le seul avoir de A (*b*). Le législateur permet au créancier de diviser cet aveu dont une partie est invraisemblable (*c*).

La même règle s'applique, dans les cas prévus, à l'aveu complexe, lequel prête plus à division que l'aveu qualifié. La jurisprudence en fournit de nombreux exemples (*d*).

3° Enfin l'aveu peut être divisé "lorsqu'il n'y a pas de connexité ou de liaison entre les faits mentionnés dans l'aveu." Ici il ne peut être question que de l'aveu complexe, car il y a deux faits qui sont l'objet de l'aveu, mais il n'y a pas connexité entre

---

(*a*) Il en sera de même dans tous les cas où le plaidoyer du défendeur n'est pas conforme à son aveu: cour d'appel, *Gaudreault* & *Poisson*, 13 L. C. J., p. 235. Ainsi, si le défendeur admet la dette sous serment, mais ajoute qu'il l'a payée, son aveu pourra être divisé, s'il n'a pas plaidé paiement: cour de revision, *Barré* v. *Loiseau*, 32 L. C. J., p. 193, et 20 R. L., p. 326. Si le défendeur admet la convention alléguée par le demandeur, mais allègue une condition, son aveu pourra être divisé s'il a plaidé en niant la convention: *Lewis* v. *Lamontagne*, R. J. Q., 11 C. S., p. 441, cour de revision.

(*b*) Dans la cause de *Raymond dit Lajeunesse* & *Latraverse*, 4 D. C. A., p. 184, et M. L. R., 1 Q. B., p. 321, il s'agissait d'une espèce semblable, et la cour d'appel a décidé que l'aveu pouvait être divisé.

(*c*) Si le débiteur reconnaît le prêt mais allègue qu'il n'est exigible qu'après la mort du prêteur, cet aveu est un aveu qualifié qui ne peut être divisé: cour de revision, *Favret* & *Phaneuf*, R. J. Q., 1 C. S., p. 49, confirmant le jugement du juge Wurtele, M. L. R., 7 S. C., p. 282.

(*d*) Dans chaque cas, le tribunal appréciera suivant les circonstances les réponses de la partie, et les divisera s'il y trouve des contradictions, des invraisemblances ou des indices de mauvaise foi: cour d'appel, *Cotnoir* & *Parenteau*, 3 L. N., p. 213; juge Torrance, *Montpetit* v. *Péladeau*, 4 L. N., p. 146; cour de revision, *Murray* v. *Matheson*, R. J. Q., 7 C. S., p. 240; juge Torrance, *Legault* v. *Viau*, 14 L. C. J., p. 56.

ces faits, il n'y avait pas de raison de les lier ensemble et, partant, ils peuvent être divisés (*a*).

Ainsi, le débiteur poursuivi admet la dette, mais prétend s'en être libéré par compensation par suite d'une autre dette que lui doit le demandeur. Il n'y a aucune connexité entre les deux dettes et ce serait intervertir les rôles que de permettre au défendeur de prouver par son aveu sa propre dette (*b*). Il en est autrement lorsque le débiteur prétend avoir payé la dette dont il reconnaît l'existence, car le paiement se rattache naturellement à la dette dont il est la suite ordinaire (*c*).

Il ne me reste qu'à expliquer la portée de l'indivisibilité de l'aveu. Le législateur oblige le demandeur à accepter l'aveu indivisible en son entier, s'il veut s'en prévaloir, mais il ne lui défend pas d'établir ses allégations par une autre preuve, si la matière est susceptible de cette preuve. Même la preuve contraire quand elle peut être faite, lui permettra de diviser l'aveu.

Mais peut-on diviser l'aveu indivisible pour y trouver un commencement de preuve par écrit. Je crois que la négative s'impose et c'est ce que nos tribunaux, après quelques hésitations, ont fini par reconnaître; voy. les causes suivantes: cour d'appel, *Christin & Valois*, 3 L. N., p. 59; même cour, *Fournier & Morin*, 11 Q. L. R., p. 98; cour de revision, *Favret* v. *Phaneuf*, R. J. Q., 1 C. S., p. 49.

V.—De la force probante de l'aveu. L'aveu constitue une preuve complète quelle que soit la matière ou la somme dont il s'agit, sauf lorsqu'il existe une présomption *juris et de jure* d'ordre public contraire à cet aveu. L'aveu peut, je l'ai dit,

---

(*a*) Voy. *Leclaire* v. *Côté*, cour de revision, R. J. Q., 3 C. S., p. 331, et même cour, *St-Amour* v. *St-Amour*, R. J. Q., 2 C. S., p. 243. Dans cette dernière cause, le défendeur admettait qu'il n'avait pas payé la dette, mais ajoutait qu'un tiers devait la payer. Sa réponse fut divisée, bien que le créancier eût reconnu, dans l'acte qui créait la dette, avoir reçu le paiement qu'il n'avait pas reçu.

(*b*) L'aveu en ce cas est divisible et fait preuve de la dette : juge Casault, *Marmen* v. *Marmen*, 10 Q. L. R., p. 32.

(*c*) Les auteurs français font cette distinction en l'absence même d'un texte. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1300. D'après le juge Langelier, nos 123 et suiv., l'aveu qualifié serait toujours indivisible, et l'aveu complexe ne le serait jamais. Cependant, il reconnaît que l'article 231 de l'ancien code de procédure civile permettait d'accueillir ici, d'une manière absolue, la solution des auteurs français quant à l'aveu complexe. Je crois que cette disposition, qui fait partie maintenant de l'article 1243 et s'applique à tout aveu de la partie, et non seulement à ses réponses à des interrogatoires sur faits et articles, nous oblige d'accepter toutes les solutions que j'ai indiquées plus haut.

suppléer à l'écrit de la partie qu'exige l'article 1235. La force probante absolue de l'aveu est d'ailleurs formellement reconnue par l'alinéa 1 de l'article 1245, qui dit que " l'aveu judiciaire fait " pleine preuve contre celui qui l'a fait. " Il n'est question ici que de l'aveu judiciaire, mais il en est de même de l'aveu extra-judiciaire dûment prouvé (*a*).

VI. De la preuve de l'aveu extrajudiciaire. — Il n'est pas nécessaire de s'occuper de la preuve de l'aveu judiciaire, car cet aveu se produit au cours d'un procès et se trouve tout prouvé dès qu'il existe. Il en est différemment de l'aveu extrajudiciaire, il doit être prouvé, et cette preuve est régie par les règles de ce chapitre (*b*). C'est la disposition de l'article 1244, qui se lit comme suit.

1244. " L'aveu extrajudiciaire doit être prouvé par écrit ou " par le serment de la partie contre laquelle il est invoqué, ex- " cepté dans les cas où, suivant les règles contenues dans ce cha- " pitre, la preuve par témoins est admissible " (*c*).

VII. Des effets de l'aveu. — J'ai dit plus haut que l'effet de l'aveu judiciaire est purement relatif et ne s'étend qu'au procès même où il a été fait. Hors de ce procès, ce n'est qu'un aveu extrajudiciaire. Par contre, l'aveu extrajudiciaire — ou l'aveu

---

(*a*) Le juge Langelier, n° 137.
L'aveu extrajudiciaire peut-il suppléer à l'écrit de la partie dans les cas que mentionne l'article 1235 ? La question me paraît oiseuse, car la preuve testimoniale étant inadmissible, même avec un commencement de preuve par écrit, il faudrait prouver cet aveu par la partie elle-même, et, si elle le reconnaît, on se trouverait avoir en définitive un aveu judiciaire. Et si cet aveu extrajudiciaire se trouvait être la déclaration de la partie dans un autre procès, on pourrait le prouver en produisant une copie certifiée de cette déclaration, et on aurait ainsi un écrit de cette partie (voy. du reste l'article 354 C. P. C.).

(*b*) Dans une cause de *Talbot & Blanchet*, jugée par la cour d'appel, 2 R. C., p. 238, il s'agissait d'une revendication d'effets perdus par le demandeur et trouvés par le défendeur ; la seule preuve de ce dernier fait consistait dans les dires du défendeur, et la cour décida que l'admission pouvait être prouvée par témoins, même sans commencement de preuve par écrit. Ceci me paraît contraire à la disposition de l'article 1244.

(*c*) L'article 1355 du Code Napoléon dit que " l'allégation d'un aveu " extrajudiciaire purement verbal est inutile, toutes les fois qu'il s'agit " d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible." Cette disposition va trop loin. L'allégation serait utile dans notre droit, mais la preuve devra s'en faire d'après les règles du droit commun.

judiciaire fait dans un autre procès — a un effet absolu, sauf à être légalement prouvé (*a*).

J'ajoute cependant que l'aveu extrajudiciaire peut cesser d'avoir effet en certains cas, lorsque l'acte qui le contient est privé d'effet. Tel serait par exemple l'aveu conditionnel, ou l'aveu contenu dans un acte de transaction plus tard annulé: cour d'appel, *Durocher & Durocher*, R. J. Q., 5 B. R., p. 458 (confirmé par la cour suprême, 27 *Supreme Court Repts.*, p. 363).

VIII. De la rétractation de l'aveu. — Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1245, " l'aveu judiciaire (mais la même règle s'ap-" plique à l'aveu extrajudiciaire) ne peut être révoqué à moins " qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait " (*b*).

L'aveu judiciaire, étant la reconnaissance en justice d'un fait qui s'est produit au su de l'avouant, doit être irrévocable, car lorsque ce fait n'est pas avoué sous serment, il est consigné dans la procédure où la partie pose les conditions du débat. Aussi. il importe peu que la partie ait ou non connu les conséquences juridiques de son aveu; sa déclaration ne porte que sur l'existence d'un fait et si ce fait est vrai—et on doit le supposer puisqu'elle l'avoue—les conséquences qu'il comporte ne sont pas une raison de rétracter l'aveu qu'elle en a fait. Pour la même raison, il en est différemment lorsque la reconnaissance a été donnée sous l'empire d'une erreur de fait. La partie s'est trompée, le fait avoué n'existe pas et il semble que la partie doit d'elle-même dénoncer son erreur, plutôt que de persister dans un mensonge inconscient.

D'ailleurs, puisqu'il y a eu erreur, il n'y a pas eu d'aveu: *non fatetur qui errat* (*c*).

(*a*) Le plaidoyer de coupable, fait devant la cour du recorder dans une poursuite criminelle pour voies de fait, peut constituer une admission dont le demandeur peut tirer avantage dans l'action civile en dommages instituée pour les mêmes voies de fait: juge Tait, *Fortier* v. *Sauvé*, M. L. R., 4 S. C., p. 30.

(*b*) C'est la copie textuelle de la première partie de l'article 1356, al. 4 du Code Napoléon. Cet article ajoute: " il ne peut être révoqué sous " prétexte d'une erreur de droit." Les codificateurs ont omis cependant ce passage, qui est inutile.

(*c*) C'est ainsi qu'une allégation erronée contenue dans la déclaration du demandeur ne sera pas tenue comme un aveu irrévocable, mais pourra, par amendement, être rédigée conformément aux faits révélés par l'enquête: cour suprême, *Baker & Metropolitan Building Society*, 22 *Supreme Court Repts.*, p 354. Le code de procédure civile pourvoit d'ailleurs à ce cas (art. 520).

Le chapitre *De la preuve* se termine ici, maintenant. Avant 1897, il y avait une autre section intitulée *Du serment des parties,* qui se divisait en deux paragraphes, *Du serment décisoire, Du serment déféré d'office.* Le statut 60 Vict., ch. 50, a abrogé le premier paragraphe, et le serment décisoire n'existe plus dans notre droit (*a*). Quant au serment déféré d'office par le tribunal, le législateur a cru qu'il devait en être traité dans le code de procédure civile et on trouvera aux articles 371 et 372 de ce code les règles qui le régissent. Les articles 1246 à 1256 inclusivement du code civil sont donc abrogés.

(*a*) Les auteurs du nouveau code de procédure civile disent que cette procédure était tellement incommode et servait si rarement, qu'il est devenu nécessaire de la supprimer.

TITRE QUATRIÈME

DES CONVENTIONS MATRIMONIALES ET DE L'EFFET DU MARIAGE SUR LES BIENS DES ÉPOUX.

[[Le titre qui, au code Napoléon, correspond au présent, est intitulé : " *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.* " Nos codifications expliquent que ce terme " Contrat de mariage " est équivoque et n'est pas toujours appliqué dans le sens même ; tantôt il signifie le mariage même ; tantôt il désigne l'acte qui en contient les conditions. C'est dans la première de ces acceptions que l'a employé Pothier en traitant de l'union conjugale ; c'est dans la seconde qu'en ont fait usage les auteurs du code Napoléon, dans leur exposé des conditions ou conventions qui le précèdent ou l'accompagnent. Pour éviter cette équivoque et la confusion qui peut en résulter, nos codificateurs ont cru devoir changer la rubrique du code et lui substituer celle qui est en tête de ce titre.

" La première partie '*Des conventions matrimoniales*' aurait suffi," ajoutent les codificateurs, " si les conventions " étaient toujours réglées par contrat ; mais comme souvent les " parties n'en font pas, et qu'elles laissent à la loi le soin de dé-" terminer leurs droits respectifs et la manière dont seront gérés " et partagés les biens qui leur appartiennent lors du mariage, " ou qu'ils acquièrent depuis, il fallait, dans la rubrique du titre, " indiquer cet état de choses ; c'est à cette fin qu'a été ajoutée la " partie qui s'y trouve après celle qui vient d'être mentionnée, " savoir : *et de l'effet du mariage sur les biens des époux,* ce qui " signifie que dans notre titre l'on trouve les règles qui gouver-" nent les biens des époux, lorsqu'ils ne l'ont pas réglé eux-" mêmes par acte antérieur au mariage. "]]

CHAPITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ I. — *Notions sur le contrat de mariage.*

I. Définition. — Le *mariage* et le *contrat de mariage* sont deux contrats distincts qu'il ne faut pas confondre.

[[J'ai rapporté, en mon tome 1er, p. 331, diverses définitions du *mariage ;* on peut dire que c'est le contrat indissoluble par lequel deux personnes de sexe différent s'unissent dans une même communauté de vie (*a*).]]

(*a*) Voy. la définition de saint Thomas, *loco citato.*

Le *contrat de mariage* est la convention reçue par un notaire (*a*), dans la forme ordinaire des actes notariés, et par laquelle les *futurs* époux réglementent leurs intérêts pécuniaires.

Le premier est le contrat principal, le second le contrat accessoire. La *nullité* ou la *cessation* du mariage sera, par conséquent, une cause de nullité ou de *cessation* du contrat de mariage: *sine nuptiis, dos non est.* Toutefois, ce principe doit être entendu avec le tempérament qui résulte des articles 163 et 164 sur le mariage *putatif.*

Comme le principal peut exister sans l'accessoire, la nullité du contrat de mariage n'empêche pas le mariage de valoir. De même, le contrat de mariage peut cesser quoique le mariage dure encore; c'est ce qui arrive en cas de séparation de corps ou de biens (*b*).

II. Entre quelles personnes intervient le contrat de mariage.— Quand il doit être fait. — Dans quelles formes. — Il se fait quelquefois entre les futurs seulement; le plus souvent, entre les futurs et des tiers. Il s'agit, par exemple, de tiers qui font des donations subordonnées à la célébration du mariage et dans le but de le faciliter.

[[" Toutes conventions matrimoniales," dit l'article 1264, " doivent être rédigées en forme notariée, et avant la célébration " du mariage, à laquelle elles sont toujours subordonnées.

" Sont exemptés de la forme notariée les contrats de mariage " faits dans certaines localités (*c*) pour lesquelles l'exception à " cet égard existe en vertu de lois particulières (*d*)."]]

Le contrat de mariage doit être fait *avant le mariage;* mais il peut l'être le jour même, pourvu que ce soit avant la célébration.

Le motif de cette règle est fort sage. Avant la célébration, chaque futur jouit d'une indépendance parfaite, ce qui lui per-

---

(*a*) C'est en effet la règle que le contrat de mariage soit passé devant notaire; exceptionnellement il peut être fait par acte sous seing privé dans certains comtés de la province (art. 1264).

(*b*) On enseigne que la nullité du contrat de mariage pour vice de forme serait sans effet sur les dispositions ou conventions, par exemple, une vente, qui ne constituent pas des conventions matrimoniales et qui se trouveraient consignées dans le contrat de mariage. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n° 3.

(*c*) Gaspé, par exemple.

(*d*) Le premier alinéa de cet article est semblable au premier alinéa de l'article 1394 du code Napoléon, à l'exception des mots : " à laquelle elles sont toujours subordonnées", que ce dernier ne contient pas; mais l'effet est le même.

met de défendre et de débattre utilement ses intérêts pécuniaires. Après la célébration, l'un des époux est presque toujours dominé par l'autre. Par conséquent, si le contrat qui les doit régir pécuniairement pouvait être fait après le mariage célébré, les intérêts de l'époux dominé seraient infailliblement sacrifiés au profit de l'autre conjoint.

Dès que le mariage est célébré, le contrat de mariage devient irrévocable comme le mariage lui-même.

[[C'est ce qu'exprime en ces termes l'article 1265 :

1265. " Après le mariage il ne peut être fait aux conventions " matrimoniales contenues au contrat aucun changement, pas " même par don mutuel d'usufruit, lequel est aboli.

" Les époux ne peuvent non plus s'avantager entre vifs, si ce " n'est conformément aux dispositions de la loi qui permettent " au mari, sous certaines restrictions et conditions, d'assurer sa " vie pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants (*a*). "]]

Il faut bien qu'il en soit ainsi : car, si cette seconde règle n'existait pas, la première serait illusoire. En effet, si le contrat de mariage pouvait, après la célébration du mariage, être modifié ou abandonné, l'époux dominé accepterait nécessairement tous les changements qu'exigerait l'intérêt personnel de l'autre époux. Il importe d'ailleurs, dans l'intérêt des tiers et pour la sécurité des

---

(*a*) Le deuxième alinéa de cet article a été changé dans sa rédaction par l'article 5809 des statuts refondus de Québec ; la loi à laquelle il se réfère est contenue aux articles 5580 et suiv. des statuts refondus de Québec. Remarquons en outre que les mots : " pas même par don mutuel d'usufruit, lequel est aboli ", sont de droit nouveau.

L'article 1395 du code Napoléon correspond au premier alinéa de notre article 1265, sauf qu'il n'y est pas fait mention du don mutuel d'usufruit. Nos codificateurs expliquent dans les termes suivants l'abolition du don mutuel entre époux.

" D'après l'ancienne loi, une fois le mariage célébré, les conventions " faites ne peuvent plus être changées, excepté par le don mutuel d'usu- " fruit de certaines parties de leurs biens. Cette faculté, quoique peu " usitée dans le pays, n'avait jamais été abrogée.

" Les commissaires ont été d'avis d'en proposer l'abolition totale : " deux raisons principales les y ont engagés : la première est la désué- " tude dans laquelle paraît être tombé l'exercice de ce droit, dont il n'est " jamais ou presque jamais fait usage ; la seconde était la liberté illimi- " tée accordée par nos lois à chacun de disposer de ses biens par testa- " ment, ce qui met les époux en état de se faire les dons et avantages " qu'ils jugent convenables, d'une manière plus étendue et plus facile " que ne le leur permettait la faculté du don mutuel. C'est à cette fin " qu'est adopté l'article 1265 qui déclare en amendement à la loi ancienne " que le don mutuel entre époux est aboli pour l'avenir."

affaires, que les conventions matrimoniales ne soient pas variables au gré des parties (*a*).

Le contrat de mariage doit [[règle générale]] être fait pardevant notaire et en minute (art. 1264). Cette troisième règle se rattache à la seconde, dont elle est le complément. Si le contrat de mariage pouvait être fait par acte sous seing privé, l'enregistrement lui donnerait bien une date certaine antérieure au mariage; mais l'irrévocabilité du contrat ne serait point assurée.

(*a*) Les époux cherchent souvent à éluder la défense contenue dans l'article 1265 de s'avantager entre vifs. Le plus souvent ce sera le mari qui voudra mettre ses biens en sûreté, et qui, dans ce but, en conférera le titre à sa femme. Pour contester un tel avantage illégal, il faut y avoir intérêt; il n'y aura donc que le mari ou ses représentants légaux, ou ses créanciers lésés par un tel état de choses, qui pourront le contester: cour d'appel, *McLauren & Merchants Bank*, R. J. Q., 2 B. R., p. 431 (ce jugement a été infirmé en cour suprême, 23 *Supreme Court Repts.*, p. 143, mais sur un point différent). Les meubles qui ont été payés des deniers du mari ne peuvent être réclamés par la femme, lors même qu'ils ont été achetés par elle, ou à son nom par le mari: même cour, *Tardif & Campbell*, 12 Q. L. R., p. 330. Le transport de biens fait par le mari à un tiers et par ce tiers à la femme ne couvrira le plus souvent qu'un avantage entre époux, et il est d'ailleurs frappé de nullité en vertu de l'article 1483 C. C., car il constitue une vente entre époux par personne interposée: cour d'appel, *Fonderie de Plessisville & Dubord*, 17 R. L., p. 499; même cour, *Carter & McCaffrey*, R. J. Q., 1 B. R., p. 97. Mais le contrat de prêt entre mari et femme ne constitue pas un avantage prohibé, et est valide: juge de Lorimier, *Irvine* v. *Lefebvre*, R. J. Q., 4 C. S., p. 75; juge Taschereau, *Denis* v. *Kent*, R. J. Q., 18 C. S., p. 436. La prohibition que fait l'article 1265 ne va non plus jusqu'à interdire au mari de fournir à sa femme séparée de biens les vêtements dont elle a besoin (juge Casault, *Fry* v. *Odell*, R. J. Q., 12 C. S., p. 263), ni de lui donner des bijoux ou des parures d'une valeur convenable (cour d'appel, *Eddy & Eddy*, R. J. Q., 7 B R., p. 300): ce dernier jugement a été confirmé par le conseil privé. Le juge Gill, dans la même cause de *Eddy* v. *Eddy*, en cour supérieure (4 R. de J., p. 78, et R. J. Q., 7 B. R., p. 300), avait décidé que la défense de l'article 1265 ne s'appliquait pas à des époux mariés à l'étranger sous un régime matrimonial qui n'interdit pas les avantages entre époux; mais la cour d'appel ne s'est pas prononcée sur ce point.—La femme ne peut renoncer en faveur de son mari aux droits qui résultent du mariage et notamment à sa part de communauté: juge Pagnuelo, *Décary* v. *Pominville*, M. L. R., 5 S. C., p. 366. Il a cependant été décidé dans plusieurs causes que la femme peut renoncer à la priorité d'hypothèque en faveur d'un créancier de son mari ou à l'exercice de ses droits hypothécaires pour reprises matrimoniales sur les biens aliénés par son mari: cour d'appel, *Société de Construction Montarville & Cousineau*, 3 L. N., p. 329; même cour, *Boudria & McLean*, 6 L. C. J., p. 65; juge Smith, *Armstrong* v. *Rolston*, 9 L. C. J., p. 16; cour d'appel, *De la Gorgendière & Thibaudeau*, 2 Q. L. R., p. 163; conseil privé, *Hamel & Panet*, 3 Q. L. R., p. 173; juge Meredith, *Thibaudeau* v. *Perrault*, 3 Q. L. R., p. 71; juge Jetté, *Hogue* v. *Dupuy*, 23 L C. J., p. 276, et *Homier & Renaud*, 3 L. N., p. 230; juge Bélanger, *Donnelly* v. *Cooper*, R J. Q., 8 C. S., p. 488. La femme peut aussi renoncer du vivant de son mari à son douaire coutumier ou préfix. (Voy. art. 1444.)

Les époux pourraient, en effet, en déchirant l'écrit qui le constate, révoquer ou modifier, au moins en fait, leurs conventions matrimoniales. Avec un acte notarié, ce danger n'est pas à craindre : la minute de ce contrat, restant dans les archives d'un officier public, pourra toujours être représentée.

Ajoutons, 1° que la présence d'un officier public avertit les parties qu'elles vont faire un acte sérieux, important, ce qui appelle la réflexion ; 2° que l'officier peut les éclairer de ses conseils.

Le contrat de mariage, fait après la célébration du mariage, ou même avant, mais en la forme sous seing privé, est frappé d'une nullité radicale : rien ne peut la couvrir, ni le temps ni la volonté expresse des parties.

Le contrat de mariage, étant l'accessoire du mariage, n'est définitivement formé qu'au moment de la célébration de celui-ci ; jusque-là ce n'est qu'un *projet,* que les parties peuvent abandonner ou modifier.

[[Une question sur laquelle il y a désaccord complet entre la jurisprudence et la doctrine en France, c'est celle de savoir de quelle date le contrat de mariage produit ses effets, de la date du contrat ou de celle de la célébration du mariage. La jurisprudence fait remonter ces effets au jour du contrat de mariage. Ce contrat, dit-on, est fait sous la condition suspensive *si nuptiæ sequentur,* et cette condition se réalisant par la célébration du mariage, rétroagit au jour du contrat.

Cet argument n'est que spécieux. La célébration du mariage n'est pas une véritable condition ; c'est un fait qui devait nécessairement se réaliser après le contrat et en vue duquel les parties ont précisément voulu contracter. Le bon sens fait comprendre qu'il ne peut y avoir de conventions matrimoniales sans mariage ou avant le mariage, et il serait aussi absurde qu'illogique de faire commencer, avant le mariage, un régime qui est la conséquence prévue de ce mariage (*a*).

On ne peut invoquer à l'encontre de cette solution la disposition du deuxième alinéa de notre article 1275, copié d'ailleurs textuellement de l'article 1404 du code Napoléon. Cette disposition n'a pour but que de prévenir le dol de l'un des futurs époux qui, pour frauder son futur conjoint, convertirait, avant le mariage, ses biens meubles en immeubles, afin qu'ils n'entrent pas dans la communauté stipulée au contrat.

J'ai dit que, jusqu'à la célébration du mariage, le contrat n'est qu'un simple projet que les parties peuvent abandonner ou modifier.]]

(*a*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, nº 32 *bis*.

[[Deux]] conditions sont nécessaires pour l'entière perfection des changements que les futurs veulent ainsi apporter à leur premier contrat. [[Ces conditions sont imposées par l'article 1266 qui s'exprime en ces termes:

1266. " Les changements faits aux conventions matrimoniales " avant la célébration du mariage doivent, à peine de nullité, " être constatés par acte notarié, en présence et avec le consentement de toutes les personnes présentes au premier contrat, qui " y ont intérêt (*a*).]]

Il faut donc:

1° *Que lesdits changements soient faits dans la forme notariée;* — mais la loi n'exige pas que ce soit devant le même notaire.

2° *Qu'ils soient faits en la présence et avec le consentement de toutes les personnes* [[*présentes au premier contrat qui y ont intérêt.* — L'intérêt de ces personnes justifie cette disposition, car puisqu'il s'agit de changer le contrat, il faut bien qu'elles soient consultées comme elles l'ont été pour le contrat lui-même. D'ailleurs cette consultation protégera les futurs époux contre des modifications inconsidérées (*b*).]]

L'une des deux formalités manque-t-elle, le changement est nul *erga omnes.*

Exemple. Un immeuble est donné par contrat de mariage à *Paul,* qui se marie sous le régime de la communauté; les parties se repentent, l'une d'avoir fait, l'autre d'avoir accepté la donation; d'un consentement mutuel, la donation est révoquée, mais par acte sous seing privé:—la révocation est nulle, même *inter partes.* En conséquence, *Paul* devient propriétaire, et la communauté usufruitière de l'immeuble.

La révocation est-elle faite par-devant notaire, en la présence et avec le consentement de toutes les personnes qui avaient été parties au contrat: la révocation est valable [[*erga omnes.*]] En conséquence, le donateur est resté propriétaire.

(*a*) L'article 1396 du code Napoléon, qui correspond à notre article 1266, exige le consentement *simultané* de toutes les personnes qui ont été *parties* dans le contrat de mariage. Notre article ne contient pas le mot *simultané*, et dit: *les personnes présentes au premier contrat, qui y ont intérêt;* cette dernière différence n'est qu'une différence de mots, car ne sont réellement *parties* dans un contrat que *ceux qui y ont un intérêt.*

(*b*) L'article 1397 du code Napoléon exige de plus, pour que les changements soient valables à l'égard des tiers, qu'ils soient inscrits à la suite de la minute de l'acte qui constate le premier contrat, et impose au notaire l'obligation de transcrire à la suite de toute expédition du contrat les changements qui y ont été faits. Notre code ne contient pas ces dispositions.

Les changements, avons-nous dit, doivent être faits *en la présence de toutes les personnes* [[*présentes au premier contrat, qui y ont intérêt.*]] Mais quelles sont les personnes qui [[ont intérêt]] au contrat de mariage? Sont *parties* [[*ou ont intérêt*]] dans un contrat les personnes sans lesquelles les conventions faites n'auraient pas pu être valablement stipulées. Sont donc parties au contrat de mariage: 1° les futurs; 2° les donateurs, ascendants ou étrangers; 3° [[le tuteur, et les autres personnes donateurs ou non, dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage,]] quand l'enfant est mineur de vingt-un ans: leur présence était, en effet, nécessaire pour compléter la personne du mineur.

Si l'enfant a plus de vingt-un ans, les ascendants non donateurs qui ont été appelés au contrat ne sont point *parties:* car, dans ce cas, leur présence n'est plus nécessaire. Le majeur de vingt-un ans n'a-t-il pas, en effet, l'entière disposition de ses biens? Le règlement pécuniaire qu'il a fait chez le notaire eût-il été moins valable si ses ascendants n'eussent pas été appelés? Quel rôle ont-ils donc joué au contrat? Aucun, puisque, d'une part, ils n'ont pas fait de donation, et que, d'autre part, leur enfant a une capacité complète. Ils ont assisté au contrat *honoris causâ,* et ils ne sont pas plus *parties* que les autres parents et amis qui y ont été appelés comme eux (*a*).

Quid, si l'une des parties refuse son adhésion au changement? Il faut distinguer en quelle qualité cette partie a figuré au contrat. Est-ce comme futur ou comme [[père, ou mère, ou tuteur]] d'un mineur de vingt-un ans? le refus du futur ou [[du père, de la mère, ou du tuteur]] empêche tout. Est-ce comme donateur? on peut se passer de son adhésion, mais alors il faut renoncer à la libéralité.

Quid, enfin, lorsque l'une des parties est décédée (ou interdite)? Si c'est l'un des futurs, tout est rompu. Si c'est le père ou la mère d'un mineur de vingt-un ans qui avait ses père et mère, le consentement du survivant suffit. [[Si c'est un tuteur, il sera remplacé par un autre tuteur.]] Enfin, si c'est un donateur, le changement ne pourra pas être fait, à moins de renoncer à la libéralité ou d'obtenir l'adhésion de ses héritiers.

§ II. — *Des différents régimes sous lesquels on peut se marier.— Des conventions permises. — Des conventions prohibées.*

I. Des différents régimes sous lesquels on peut se marier.— Le code a formulé plusieurs séries de principes en permettant

(*a*) M. Bug., *sur Poth.*, t. 7, p. 53; M. Laurent, t. 21, n° 96.

aux époux d'accepter l'une ou l'autre à leur choix, comme règlement de leurs intérêts pécuniaires.

Chaque série de règles prend le nom de *régime*. On en compte [[trois,]] savoir: 1° le régime de la communauté (art. 1268-1414); — 2° le régime sans communauté (art. 1415-1421); — 3° le régime de séparation de biens (art. 1422-1425) (*a*).

A consulter uniquement l'arrangement des textes, le code n'en reconnaît [[qu'un:]] le régime DE COMMUNAUTÉ LÉGALE OU CONVENTIONNELLE. Les régimes SANS COMMUNAUTÉ et DE SÉPARATION DE BIENS figurent, en effet, dans le code, comme des modifications de la communauté légale, et sont l'objet du dernier paragraphe DE LA COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE. Mais, en réalité, ces deux régimes, distincts entre eux, se séparent également du régime de communauté. La place qu'ils occupent, mal à propos, dans le code, s'explique historiquement. Tout le monde sait qu'ils ont été empruntés au droit coutumier; or, comme nos anciens auteurs, Pothier et Lebrun, en faisaient une annexe de leurs traités sur la communauté (régime principal des pays coutumiers), les rédacteurs du code qui les copiaient en ont traité, comme eux, à la fin du régime de la communauté.

II. Conventions permises. — Les futurs peuvent faire leur contrat de mariage en quelques mots, en disant qu'ils se marient sous le régime de la communauté ou sous tel autre, [[avec ou sans douaire.]] Veut-on alors connaître les principes et les effets de leur contrat: on ouvre le code, à la série des règles qui forment le régime adopté.

Le régime de la communauté [[et le douaire coutumier forment]] le droit commun de la [[province de Québec:]] en conséquence, lorsque les parties ne déclarent pas expressément sous quel régime elles se marient [[et n'excluent pas ou ne modifient pas le douaire coutumier]], la loi présume qu'elles acceptent le régime de la communauté [[et le douaire coutumier. C'est ce qu'expriment dans les termes qui suivent les articles 1260 et 1261:

(*a*) Le code Napoléon admet un quatrième régime, le régime dotal, auquel il consacre un chapitre spécial. " Ce système dotal, disent nos " codificateurs, en usage en France dans les pays de droit écrit, ne l'était " pas dans les pays de coutume. L'on n'a pas cru devoir l'adopter."

Il y a bien le *douaire* (art. 1426-1471), mais ce n'est pas un régime entre époux; c'est, au contraire, comme le code le dit (art. 1438), un gain de survie en faveur de la femme et des enfants, et qui, partant, ne prend effet qu'à la dissolution du mariage. Il en sera question dans le chapitre III de ce titre.

1260. " A défaut de conventions ou en l'absence de stipula-" tions contraires, les époux sont présumés vouloir se soumettre " aux lois et coutumes générales du pays, et notamment qu'il y " ait entre eux communauté légale de biens, et douaire coutu-" mier ou légal en faveur de la femme et des enfants à naître.

" Le mariage une fois célébré, ces conventions présumées font " irrévocablement loi entre les parties et ne peuvent plus être " révoquées ni changées."

1261. " Au cas de l'article précédent la communauté se forme " et se régit d'après les règles exposées au chapitre deuxième, et " celles du douaire se trouvent au chapitre troisième du présent " titre (*a*).]]

Plusieurs raisons ont déterminé les rédacteurs du code à choisir pour droit commun le régime de la communauté:

1° Son origine est toute nationale.—2° Il intéresse vivement la femme à la prospérité du ménage, il lui inspire plus de vigilance, et sollicite l'esprit d'économie plus que tout autre régime, où les intérêts de la femme sont distincts de ceux du mari.

Cependant le régime de la communauté n'est pas exempt d'inconvénients. D'abord, il amène à sa suite, comme toute confusion de biens, une liquidation compliquée et féconde en procès. Nous montrerons même que les principes qui le constituent sont presque tous arbitraires et le plus souvent injustes.

[[Autrefois, même lorsque les époux faisaient les frais d'un contrat de mariage, ils ne manquaient pas d'opter pour la communauté légale. Mais ce régime commence à tomber en défaveur; on préfère celui de la séparation de biens, qui laisse à chaque époux l'administration de ses biens et prévient des procès et des contestations regrettables. La présomption légale que les parties qui ne s'en expliquent pas ont choisi la communauté est donc moins conforme qu'autrefois à la réalité des faits, mais le législateur n'a pas cru devoir innover à une législation séculaire.

J'ai déjà expliqué, dans mon tome 1er, pp. 87 et s., que le régime de la communauté établi par nos lois ne régit que les personnes qui, étant domiciliées dans la province de Québec, se marient sans contrat. Je me contenterai d'indiquer ici en quelques traits les principes déjà énoncés et je ne citerai que les décisions récentes qui touchent à ces points et que je n'ai pas déjà citées. Les lois qui règlent les droits matrimoniaux sont des

---

(*a*) L'article 1393 du code Napoléon contient à l'égard de la communauté une disposition analogue aux deux articles de notre code que e viens de citer.

statuts personnels. Les personnes domiciliées à l'étranger qui contractent mariage restent soumises aux lois de leur domicile quant à leurs droits matrimoniaux (*a*). Mais ces lois doivent être prouvées, sinon nos tribunaux présumeront qu'elles sont semblables aux nôtres et qu'elles établissent la communauté de biens entre époux (*b*). Cependant le douaire coutumier, étant un droit réel, plutôt qu'un régime, se règle d'après la loi de la situation des immeubles (*c*).

Les personnes domiciliées dans la province de Québec qui se marient sans contrat sont présumées accepter le régime de la communauté, lors même qu'elles se marient à l'étranger: cour d'appel, *Languedoc* & *Laviolette*, 8 L. C. R., p. 257, et 1 L. C. J., p. 240; cour de revision, *Thomson* v. *Thomson*, R. J. Q., 9 C. S., p. 389; même cour, *Brien* v. *Marchildon*, R. J. Q., 15 C. S., p. 318; juge White, *McNamara* v. *Constantineau*, 3 R. de J., p. 482.

Quid, si les parties, après avoir contracté un mariage *annulable*. sans contrat, contractent un nouveau mariage suivant les formes requises mais précédé cette fois d'un contrat stipulant séparation de biens? Ce dernier mariage devra être considéré comme non avenu, de même que le contrat qui l'a précédé, à moins que les parties, avant de contracter ce second mariage, n'aient fait annuler le premier par le tribunal compétent: cour d'appel, *Languedoc* & *Laviolette*, 8 L. C. R., p. 257, et 1 L. C. J., p. 240; cour de revision, *Thomson* v. *Thomson*, R. J. Q., 9 C. S., p. 389; juge Choquette, *Cross* v. *Prévost*, R. J. Q., 15 C. S., p. 184. Le lien civil formé par le mariage n'est pas rompu si les époux ne font pas annuler le mariage par les autorités compétentes: juge Loranger, *DeGrandmont* v. *La Société des Artisans Canadiens-français*, R. J. Q., 15 C. S., p. 147.]]

Les époux peuvent n'adopter aucun des régimes du code. La loi leur permet de les modifier, et de les combiner entre eux, pour en créer un régime à part. [[C'est ce que portent les articles 1262 et 1263, dans les termes qui suivent:

1262. "Cette communauté de biens, dont les époux sont libres "de stipuler l'exclusion, peut être changée et modifiée à volonté "par leur contrat de mariage, et se nomme, dans ce cas, com- "munauté conventionnelle, dont les règles principales sont expo-

(*a*) Juge Pelletier, *Doyon* v. *Letourneau*, 7 R. de J., p. 357.

(*b*) Cour de revision, *Trew* v. *Kirkup*, R. J. Q., 7 C. S., 308.

(*c*) Juge Gill, *Prunier* v. *Ménard*, 3 R. de J., p. 153.

"sées dans la section deuxième du deuxième chapitre de ce " titre (*a*).

1263. " Le douaire coutumier ou légal, qu'il est également " permis aux parties d'exclure, peut aussi être changé et modifié " à volonté par le contrat de mariage, et dans ce cas il se nomme " douaire préfix ou conventionnel, dont les règles les plus ordi- " naires se trouvent énoncées en la section première du chapitre " troisième de ce titre. "]]

Certaines exceptions restreignent, il est vrai, ce principe de liberté: ainsi les clauses contraires aux lois et aux bonnes mœurs sont défendues; il n'est point non plus permis de déroger aux dispositions prohibitives de notre code. Mais aucune loi n'a fait défense aux parties de prendre à la fois, dans chacun des régimes offerts à leur choix, ce qui convient le mieux au règlement de leurs intérêts. Et je ne sache pas non plus que cette combinaison ait quelque côté contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Les époux peuvent donc transporter dans le régime [[de la séparation de biens]] quelques-unes des règles du régime de la communauté, ou réciproquement, dans le régime de la communauté, quelques-uns des principes du régime [[de la séparation de biens.]]

La loi a même cru devoir leur permettre, dans la vue de favoriser le mariage, certaines conventions prohibées en droit commun. [[L'article 1257 exprime ainsi cette permission:

1257. " Il est permis de faire, dans les contrats de mariage, " toutes sortes de conventions, même celles qui seraient nulles " dans tout autre acte entre vifs; telles sont: la renonciation à " une succession non ouverte, la donation de biens futurs, l'ins- " titution contractuelle et autres dispositions à cause de " mort (*b*)."]]

Ainsi: 1° Deux personnes ne pourraient pas mettre en commun leurs biens à venir en pleine propriété (art. 1859); cette convention est, au contraire, permise entre époux (art. 1412).—2° La clause qui attribue à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle entre associés ordinaires (art. 1831), et valable entre époux (art. 1411).—3° Les donations de biens à venir, les donations faites sous des conditions potestatives de la part du

---

(*a*) L'article 1387 du code Napoléon porte que la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos.

(*b*) Le code Napoléon ne va pas aussi loin que notre code, car à l'article 1389, il prohibe la convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport aux époux eux-mêmes dans la succession de leurs enfants, soit par rapport à leurs enfants entre eux.

donateur, sont prohibée dans les cas ordinaires et permises dans le contrat de mariage (art. 778, 782, 783).

[[Il a été question, dans une série d'arrêts récents (*a*), de cette disposition générale de l'article 1257, notamment quant à la donation de biens futurs, à l'institution contractuelle et aux autres dispositions à cause de mort. Il s'agissait de la clause par laquelle l'un des époux fait donation à l'autre époux, soit de tous les biens qu'il pourrait acquérir, soit de ceux qui garniraient plus tard le domicile commun. A vrai dire, on admettait bien—et le texte de l'article 1257 comme des articles 818, 819 et 820 rendait cette conclusion certaine—que l'un des époux pouvait, par contrat de mariage, disposer en faveur de son conjoint de ses biens à venir, mais on refusait de donner effet à cette donation du vivant de l'époux donateur. Il s'agit, en effet, de concilier deux dispositions également générales: l'article 1257 que j'ai rapporté, et le deuxième alinéa de l'article 1265 aux termes duquel " les époux ne peuvent non plus s'avantager entre vifs si " ce n'est conformément aux dispositions de la loi qui permettent " au mari, sous certaines restrictions et conditions, d'assurer sa " vie pour le bénéfice de sa femme et de ses enfants."

Une donation de biens à venir, disait-on, si elle peut avoir effet pendant le mariage, éluderait précisément cette disposition de l'article 1265 qui est d'ordre public, et permettrait aux époux de s'avantager entre vifs, et serait du reste contraire au principe qui annule une disposition purement et simplement potestative, car l'époux pouvant ne pas acquérir les biens compris dans la donation, l'effet de cette donation dépendrait de sa seule volonté, et il demeurerait libre de donner et de retenir à son gré.

Je crois, en effet, qu'il faut tenir que la donation universelle de biens que l'un des époux pourrait acquérir pendant le mariage, ne pourrait valoir que comme donation à cause de mort, et, partant, qu'elle n'aurait aucun effet pendant le mariage. Si une telle donation pouvait conférer des droits actuels à l'époux donataire, la prohibition de l'article 1265 serait éludée, et l'époux donateur serait libre d'avantager entre vifs son conjoint au gré de ses désirs.

(*a*) *Ferland* v. *Savard*, R. J. Q., 11 C. S., p. 404, Andrews, J.; *Boivin* v. *Coulombe*, même volume, p. 405, en note, sir L. N. Casault, juge en chef; *Demers* v. *Blackstock*, R. J. Q., 12 C. S., p. 43, cour de revision; *Newman* v. *Despocas*, R. J. Q., 17 C. S., p. 477, Pagnuelo, J.; *Prince* v. *Barrington*, 3 R. de J., p. 481, Casault, J.; *Desrochers* v. *Roy*, R. J. Q., 18 C. S., p. 70, cour de revision. J'ai touché à cette question dans mon tome 4, pages 218 et suiv., mais à cause de son importance pratique je me vois forcé d'y revenir.

Mais la donation de certains biens spécifiés et notamment des meubles qui garniront le domicile commun, peut donner lieu à difficulté, car elle ne permet pas aux époux de s'avantager indéfiniment, et elle ne dépend pas de la seule volonté de l'époux donateur lorsque celui-ci s'est obligé à donner ces biens à son conjoint ou à meubler le domicile commun de meubles suffisamment désignés.

On ne saurait en effet se prévaloir de la disposition de l'article 1265, car puisque l'époux aurait pu donner ces biens à son conjoint à la condition de les acquérir immédiatement ou de meubler immédiatement la maison que les époux se proposent d'habiter, je ne vois pas en quoi il y aurait avantage entre vifs pendant le mariage, lorsque l'exécution d'une obligation actuellement contractée n'est que remise à une date subséquente à la célébration de ce mariage. Car la donation n'est pas moins une donation de biens présents par le fait que son exécution est différée (voy. l'art. 777, surtout le dernier alinéa), et s'il en est ainsi, l'objection que l'on fait est sans fondement.

Une étude sérieuse de toute la question m'a convaincu qu'il est loisible à l'un des époux de donner à l'autre, par contrat de mariage, des biens déterminés qu'il s'est obligé d'acquérir après le mariage, sauf à déterminer, en fait, s'il n'y a pas dans telle donation, et eu égard aux biens spécifiés, une tentative d'éluder la prohibition de l'article 1265 ou une fraude envers les créanciers de l'époux donateur. Je crois à la légalité de la clause par laquelle l'un des époux à donné immédiatement à son conjoint l'ameublement qu'il s'est engagé de placer dans le domicile commun (*a*). De telles donations, qui ne peuvent que favoriser le mariage en assurant à l'autre époux la jouissance de certains biens indispensables à la vie en commun, me paraissent être des donations de biens présents en ce sens que l'époux donateur devient immédiatement le débiteur du donataire (*b*). Je

---

(*a*) *Quid* si le contrat de mariage contient la déclaration que tous les meubles du domicile conjugal seront censés appartenir à l'épouse? Le juge Gill, *Rolland* v. *Piché*, R. J. Q., 5 C. S., p. 527, a décidé qu'une telle déclaration ne comporte qu'une présomption qu'il est permis de détruire par une preuve contraire.

(*b*) Si le donateur, soit par contrat de mariage ou autrement, se dessaisit en donnant une somme d'argent ou autre chose non déterminée qu'il promet payer ou livrer (art. (777), pourquoi en serait-il autrement de la donation d'une chose déterminée que le donateur promet payer?

La donation par le futur époux à la future épouse, dans le contrat de mariage, d'une somme d'argent que la future épouse aura et prendra quand il lui plaira, est légale : juge Taschereau, *Viger* v. *Kent*, 16 R. L., p. 565; juge Larue, *Morin* v. *Bédard*, 17 Q. L. R., p. 30; juge Taschereau, *Denis* v. *Kent*, R. J. Q., 18 C. S., p. 436. (*Contra*, juge Davidson, *Page* v. *Beauchamp*, 7 R. de J., p. 337).

crois donc que ces donations produiront tout leur effet pendant le mariage et conféreront un droit actuel au donataire, sauf toujours la question de fraude, laquelle ne se présume pas.]]

III. Conventions prohibées. — La liberté dont jouissent les futurs époux pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires n'est pas absolue. [[En effet les articles 1258 et 1259 portent ce qui suit:

1258. " Sont cependant exceptées de cette règle toutes con- " ventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou " interdites par quelque loi prohibitive."

1259. " Ainsi les époux ne peuvent déroger ni aux droits " résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme " et des enfants, ou appartenant au mari comme chef de l'asso- " ciation conjugale, ni aux droits conférés aux époux par le " titre *De la puissance paternelle,* et par le titre *De la minorité,* " *de la tutelle et de l'émancipation* au présent code (*a*)."]]

La loi prohibe donc toute convention contraire:

1° « Aux bonnes mœurs et à l'ordre public » (voyez aussi art. 13, 990) (1);

2° " Aux conventions interdites par quelque loi prohibitive, " par exemple, aux articles 1265, qui défend de modifier les conventions matrimoniales après la célébration du mariage; 1269, qui ne permet pas que la communauté commence avant ou après la célébration; 1311, qui prohibe les séparations de biens volontaires; 1338, qui défend à la femme de renoncer à l'avance au droit d'accepter ou de répudier la communauté" (*b*);

---

(1) En conséquence, on ne pourrait pas convenir que la femme, même autorisée du mari ou de justice, sera incapable de s'obliger. Voy. les trois articles publiés par M. Valette dans le journal *le Droit*, en 1876 et 1878 (*Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, par A. Valette, t. 1er, pp. 513 et suiv.). Voy. aussi l'arrêt de cassation du 22 décembre 1879 (Sir., 80. 1. 125).

(*a*) Les articles 1387, *in fine*, et 1388 du code Napoléon contiennent des dispositions semblables à ces deux articles de notre code, sauf que le code Napoléon défend de déroger aux droits conférés *au survivant* des époux par le titre *De la puissance paternelle*, tandis que notre code parle des droits conférés *aux époux.*

(*b*) Les codificateurs indiquent, parmi ces lois prohibitives, l'édit des secondes noces et l'article 279 de la coutume de Paris, qui restreignent, disent-ils, les avantages que peuvent se faire les personnes convolant en secondes noces, ayant des enfants d'un premier mariage. Cependant, tout cela est aboli aujourd'hui (art. 764).

Ils expliquent, en outre, qu'ils ont adopté la règle de l'article 1399 du code Napoléon de préférence à la doctrine de Pothier qui enseignait qu'on pouvait différer le commencement de la communauté jusqu'à une date subséquente au mariage.

3° " Aux droits résultant de la puissance maritale ", par exemple au droit qu'a le mari d'élire le domicile commun (art. 175), à celui d'autoriser sa femme à contracter ou à ester en justice (art. 176, 177) ;

4° " Aux droits résultant de la puissance paternelle, " par exemple au droit de correction sur la personne des enfants (art. 245), au droit de consentir à leur mariage (art. 119) ;

5° " Aux droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale ". Cette prohibition semble inutile : car les droits qui appartiennent au mari *comme chef* sont précisément ceux de puissance maritale et paternelle dont il a été déjà parlé. Cependant peut-être n'est-elle pas surabondante, si on veut l'entendre du droit qu'a le mari *d'administrer les biens de la communauté* (art. 1292). Serait nulle, par conséquent, la clause qui l'enlèverait au mari pour le donner à la femme. " Une telle convention, dit Pothier (1), ne serait pas valable, étant contre la bienséance publique que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la femme (*vir est caput mulieris*), ne soit pas le chef de leur communauté de biens ; "

6° " Aux droits conférés par la loi aux époux," par exemple au droit de puissance paternelle qui passe à la femme au décès du mari (art. 243).

La nullité de l'une des clauses du contrat entraîne la nullité des conventions consenties en considération de cette clause et de celles qui en sont la conséquence ; le contrat reste valable pour le surplus.

§ III. — *De la capacité nécessaire pour faire les conventions matrimoniales.*

Il est de principe que le mineur non émancipé ne figure pas en personne dans les opérations qui l'intéressent ; mais une exception était nécessaire quant au mariage. C'est lui qui joue son propre rôle *devant le* [[*prêtre, ministre, ou autre fonctionnaire de l'état civil;*]] et, comme on a trouvé juste de le faire figurer lui-même dans le contrat principal, on a pensé qu'il serait inconséquent de le faire représenter par un tuteur dans le contrat accessoire qui se fait *devant le notaire*. De là la décision consacrée par l'article 1267 [[qui s'exprime comme suit :

1267. " Le mineur, habile à contracter mariage, peut valablement consentir en faveur de son futur conjoint, et des " enfants à naître, toutes conventions et donations dont ce con-

(1) Préface du *Traité de la communauté*, n° 4.

" trat est susceptible, pourvu qu'il y soit assisté de son tuteur, " s'il en a un, et des autres personnes dont le consentement est " nécessaire pour la validité du mariage; les avantages qu'il y " fait à des tiers suivent les règles applicables aux mineurs en " général (*a*)."

Donc le mineur habile à contracter mariage, c'est-à-dire âgé de quatorze ans accomplis si c'est un fils, de douze ans si c'est une fille, peut, avec l'assistance de son tuteur, s'il en a un, et des autres personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage, faire, en faveur de son futur conjoint et des enfants à naître, les mêmes conventions que pourrait faire un majeur de vingt-un ans.]]

D'autre part, toute personne ayant capacité suffisante pour se marier n'est pas, par cela même, capable de disposer de ses biens par contrat de mariage. Ainsi, la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut pas, même par contrat de mariage, faire, sans l'assistance de son conseil, des donations au profit de son futur époux, quoiqu'elle puisse se marier sans l'assistance de son conseil (art. 351).

Le mineur qui n'a [[ni père ni mère]] doit être autorisé de son [[tuteur, qui est tenu de prendre l'avis du]] conseil de famille. Mais il n'est pas nécessaire que le conseil assiste au contrat. Le système contraire donnerait lieu à de trop grandes difficultés d'application, chaque membre du conseil pouvant avoir un domicile très éloigné du lieu où se fait le contrat. Le but de la loi est suffisamment atteint au moyen d'un acte dans lequel sont détaillées les conventions [[sur lesquelles on a consulté le conseil de famille. Du reste, dans notre droit, le conseil de famille ne fait que donner son avis, il n'autorise pas, et l'avis qu'il donne peut être écarté.]]

[[Si le mineur signe un contrat de mariage, sans y être valablement assisté, il résulte des termes de l'article 1267 que ce contrat sera invalide, mais la nullité sera purement relative et ne pourra être invoquée que par le mineur qui devra prouver lésion, sauf quand il s'agit de l'aliénation ou de l'hypothèque de ses im-

---

(*a*) L'article 1398 du code Napoléon, qui correspond à notre article 1267, en diffère cependant d'une manière assez notable. L'article du code Napoléon n'exige pas l'assistance du tuteur, lorsque son consentement n'est pas nécessaire au mariage, et permet au mineur de faire, même en faveur des tiers, toutes les conventions et donations qu'il pourrait faire s'il était majeur. L'ancien droit restreignait le pouvoir du mineur d'avantager même à l'égard de son conjoint. Nos codificateurs ont cru devoir adopter un milieu entre ces deux systèmes.

meubles (art. 1009) (*a*). Quand toutes les formalités requises ont été observées, le contrat a le même effet que s'il avait été consenti par un majeur (art. 1006, 1010).]]

Remarquons enfin que le mineur qui *demain* aura [[quatorze]] ans accomplis, et qui demain pourra se marier, ne pourrait pas *aujourd'hui* faire son contrat de mariage avec l'assistance de [[ses père, ou mère, ou tuteur.]] La loi, en effet, exige pour le *contrat de mariage* la même capacité que pour le *mariage*. Un mineur ne peut pas contracter chez le notaire tant qu'il est incapable de contracter [[devant le prêtre, ministre ou autre fonctionnaire de l'état civil (1).]]

CHAPITRE II. — De la communauté de biens.

La communauté est *une société de biens entre époux, régie par des règles particulières* (*b*).

Il y a, en effet, entre elle et les sociétés ordinaires, des différences très notables :

1° Dans les sociétés ordinaires, chaque associé a un droit égal (art. 1851). — Au contraire, dans la communauté, chaque époux a de plein droit des avantages particuliers : le mari, le pouvoir d'administrer le fonds commun, d'en disposer, de le dissiper même, sauf certaines restrictions (art. 1292, 1294) ;—la femme, la faculté de faire cesser la communauté, en demandant la séparation de biens, quand ses droits sont en péril (art. 1311) ; d'y renoncer, pour se soustraire au paiement des dettes (art. 1382) ; de ne les payer, si elle l'accepte, que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1370).

2° Les associés peuvent déterminer comme ils l'entendent le commencement et la fin de leur société (art. 1832, 1892), et même, quand ils sont d'accord, la dissoudre avant le terme convenu. — La loi fixe elle-même le commencement et la fin de la

---

(1) Si l'un des futurs était un mineur non habilité, y a-t-il lieu d'appliquer les art. 987, 1214, 2258 ? Non : le contrat de mariage est nul et non pas seulement annulable. Voy. M. Bertauld, *Quest. prat. et doctrin.*, t. 1er, pp. 465 et suiv. — *Vice versâ*, le contrat de mariage doit être inattaquable, nonobstant le dol de l'un des futurs. Voy. M. Valette, *Mélanges*, t. 2, pp. 167 et suiv.

(*a*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, no 28.

(*b*) D'après l'opinion commune, la communauté ne forme pas une personnalité civile, comme la société. Ce n'est qu'un fonds commun, un troisième patrimoine distinct de ceux des époux, mais il y a confusion entre les biens de la communauté et ceux du mari. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, n° 249.

communauté. et il n'est pas permis aux époux de modifier les époques que la loi a fixées (art. 1269, 1310) (*a*);

3° On peut convenir qu'une société continuera avec les héritiers des associés décédés (art. 1894). — Entre époux, cette convention serait nulle (art. 1310);

4° Les associés peuvent modifier la société primitivement formée entre eux. — La communauté est irrévocable.

Nous avons signalé suprà, p. 137, deux autres différences qu'il importe de noter.

La communauté est *légale* ou *conventionnelle*. [[C'est ce que porte l'article 1268 dans les termes suivants:

1268. " Il y a deux sortes de communauté de biens, la com-" munauté légale dont les règles sont posées dans la section " première de ce chapitre, et la communauté conventionnelle " dont les conditions principales et les plus ordinaires se " trouvent exposées dans la section seconde de ce même cha-" pitre."]]

La première est celle dont tous les effets sont réglés par la loi.

La seconde est la communauté légale, modifiée par la convention des parties.

PREMIERE PARTIE. — De la communauté légale

[[Commencons par citer les articles 1270 et 1271:

1270. " La communauté légale est celle que la loi, à défaut de " stipulations contraires, établit entre les époux, par le seul fait " du mariage, quant à certaines espèces de leurs biens qu'ils sont " censés avoir voulu y faire entrer."

1271. " La communauté légale s'établit par la simple déclara-" tion faite au contrat que l'on entend qu'elle existe. Elle s'é-" tablit aussi lorsqu'il n'en est fait aucune mention, qu'elle n'y " est pas spécialement ou implicitement exclue, et aussi à défaut

(*a*) L'article 1269 se lit comme suit:

1269. " La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence " du jour de la célébration du mariage; on ne peut stipuler qu'elle com-" mencera à une autre époque."

Cet article est indiqué comme étant de droit nouveau. " Cette nullité, " d'après l'ancien droit," disent nos codificateurs, " était incontestable, si " la convention allait à faire commencer la communauté avant le ma-" riage; mais suivant Pothier, t. 7, *Communauté*, n° 278, il paraîtrait " qu'on pouvait valablement stipuler qu'elle ne commencerait qu'un ou " deux ans, etc., après le mariage.

Notre code a adopté la doctrine du code Napoléon (art. 1399).

" de contrat. Dans tous les cas elle est soumise aux règles expli- " quées aux articles qui suivent " (*a*).]]

La communauté légale a donc lieu: 1° lorsque les parties déclarent simplement dans leur contrat qu'elles adoptent le régime de la communauté; 2° lorsqu'elles [[n'en ont fait aucune mention, ne l'ont pas spécialement ou implicitement exclue, et aussi lorsqu'elles]] n'ont pas fait de contrat.

Le droit coutumier distinguait les deux cas: la communauté était dite *conventionnelle* dans le premier, *légale* dans le second. Cette distinction était *inutile,* puisque le résultat était le même dans l'une et l'autre hypothèse; *inexacte,* puisque Pothier lui-même reconnaissait que le silence des parties renferme implicitement la volonté d'adopter le régime de communauté. Toute la différence consistait dans les mots. Dans un cas, la volonté des parties était *expresse;* elle était *tacite* dans l'autre.

A proprement parler, il n'y a pas de communauté *légale,* c'est-à-dire ordonnée, imposée par la loi: lorsqu'on l'appelle ainsi, on veut seulement dire que les parties, sans entrer dans aucun détail, consentent à ce que les effets du principe qu'elles admettent soient déterminés par la loi. La communauté a donc toujours pour cause immédiate la volonté expresse ou tacite des parties. — Cette observation est importante. En effet, la communauté étant l'œuvre des parties, il en résulte que les règles qui la constituent sont alors un *statut personnel,* applicable à tous les biens, indépendamment de leur situation, tant aux biens

---

(*a*) L'article 1400 du code Napoléon, qui correspond à notre article 1271, est moins explicite que notre article, mais, en le combinant avec l'article 1393 du même code, son effet est le même.

Daprès la loi française du 10 juillet 1850, les conjoints doivent déclarer à l'officier de l'état civil s'ils ont ou non fait un contrat de mariage, et, en cas d'affirmative, la date de leur contrat, ainsi que les noms et la résidence du notaire qui l'a reçu. L'officier de l'état civil fait mention de leur déclaration dans l'acte de célébration du mariage. Si la déclaration qu'il n'y a point de contrat de mariage est mensongère, la femme, dans ses rapports avec les tiers, n'en est pas moins regardée comme ayant une capacité de contracter dans les termes du droit commun.

Il serait désirable que ce moyen simple et efficace à la fois de faire connaître aux tiers l'état et la capacité de la femme, fût adopté dans notre législation. Actuellement, les tiers n'ont pour les guider que la déclaration de la femme elle-même.

Une loi qui vient d'être adoptée par notre législature, 2 Edouard VII, ch. 38, obvie en partie aux inconvénients que je viens de signaler. Il oblige le commerçant marié à faire une déclaration de son régime matrimonial au bureau d'enregistrement du comté et au greffe de la cour supérieure du district où il fait affaires. Cette loi, cependant, demande à être remodelée afin de rendre son application générale et complète.

situés à l'étranger qu'aux biens situés [[dans la province de Québec.]] Si, au contraire, on l'eût considérée comme l'œuvre impérative de la loi, elle eût été alors un *statut réel* qui n'eût régi que les biens situés [[dans la province de Québec.]]

La communauté légale ou conventionnelle commence *avec le mariage,* c'est-à-dire au moment même de sa célébration. La loi ne défend point aux futurs époux d'établir entre eux une *société ordinaire,* en attendant la célébration de leur mariage; mais la *communauté* ne peut commencer avant cette époque, parce qu'elle est soumise à des règles *exceptionnelles* que la faveur du mariage peut seule justifier.

Il ne leur est pas permis de convenir qu'ils seront mariés sous un régime autre que celui de la communauté jusqu'à telle époque, et sous celui de la communauté à la cessation du premier régime. Cette prohibition se rattache au principe que les conventions matrimoniales doivent être *antérieures* au mariage, et sont *irrévocables* après sa célébration; elle a pour but de protéger l'époux le plus faible contre l'influence de l'autre. Sans elle, en effet, l'un des époux eût souvent usé de son ascendant pour transformer, pendant la durée du premier régime, sa fortune mobilière en fortune immobilière, et celle de son conjoint en sens inverse, de telle sorte que l'un n'eût rien apporté dans la communauté, tandis que l'autre y eût mis tout son patrimoine.

Mais peuvent-ils stipuler une communauté sous condition suspensive? Peuvent-ils dire qu'ils seront communs *si tel événement arrive,* séparés de biens s'il ne se réalise point?

Non, si la condition dépend de la volonté de l'un des époux ou même de sa volonté et du hasard: car la loi ne permet pas que la volonté des parties, exprimée postérieurement au mariage, puisse avoir la moindre influence sur les conventions matrimoniales (art. 1265). Oui, si la condition est *purement casuelle*: car l'effet rétroactif, attaché à toute condition accomplie, fera que les époux n'auront eu, à partir du mariage, qu'un régime uniforme, celui de la communauté si la condition se réalise, celui de la séparation de biens si elle manque d'arriver: aucun danger n'est à craindre, puisque tous les faits consommés *pendente conditione* seront réglés de la même manière qu'ils le seraient si le régime de communauté ou de séparation de biens avait été stipulé purement et simplement. Par exemple, si la condition se réalise, les immeubles acquis par le mari en échange de ses meubles tomberont dans la communauté, et les meubles acquis par la femme en échange de ses immeubles lui resteront propres (1).

(1) MM. Dur., t. 14, n° 97; Val.; Bug.; Aubry et Rau, t. 5, § 504, note 9; M. Baudry-Lacantinerie, n° 37.—Cette décision est contestée. Quelques personnes pensent que la loi exclut aussi bien la *communauté con-*

Les parties ont stipulé la communauté sous condition, sans dire quel régime elles entendaient prendre au cas où la condition ne se réaliserait point; la condition est défaillie: sous quel régime sont-elles mariées?

Sous le *régime de la communauté?* Non: car autrement leur contrat serait un acte puéril et ridicule, puisqu'à tout événement, que la condition se réalise ou qu'elle ne se réalise point, elles seraient en communauté; or, la loi veut qu'on interprète les conventions dans le sens avec lequel elles peuvent avoir un effet, plutôt que dans le sens avec lequel elles n'en pourraient produire aucun (art. 1014). Ajoutons que, si les parties n'ont pas fait connaître le régime qu'elles ont adopté, elles ont au moins désigné très clairement celui qu'elles ne voulaient pas: car dire qu'on sera commun si tel événement arrive, c'est dire implicitement qu'on ne le sera pas si cet événement manque de se réaliser. Donc, en les déclarant mariées sous le régime de la communauté, on leur donnerait un contrat de mariage qu'elles n'ont pas voulu; on violerait le principe de l'article 1257, qui permet aux futurs de régler leurs conventions comme ils l'entendent [[et de l'article 1262, qui leur permet d'exclure la communauté.]] D'ailleurs, ce n'est *qu'à défaut de conventions spéciales* que la loi donne aux époux le régime de la communauté (art. 1260 et 1271), et, dans l'espèce, ils ont fait une convention exclusive du régime de communauté (1).

---

ditionnelle que la *communauté à terme.* "Sous le régime de la communauté *conditionnelle*, disent-elles, rien n'est fixé, rien n'est connu, tant que la condition est en suspens. Sous quel régime les époux sont-ils mariés? quels sont les pouvoirs du mari? quels sont les droits de la femme? Personne ne le sait et ne peut le savoir. Or, en établissant le principe que *la communauté commencera avec le mariage*, et en déclarant nulle toute convention contraire, la loi n'a point voulu seulement assurer à la communauté *un point de départ invariable*, elle a voulu aussi que les époux eussent dans le mariage une position fixe et stable. Dès lors, comment croire qu'elle ait toléré l'état provisoire et incertain d'une communauté conditionnelle?" (MM. Rodière et Pont, t. 1er, nº 89). Voy. aussi M. Laurent, t. 21, nº 207.

(1) On soutient cependant que les époux, dans le cas dont il s'agit sont soumis au régime de la communauté légale. "En effet, dit-on, le contrat qui n'indique point le régime sous lequel les époux ont entendu se placer est à considérer comme inexistant. A la vérité, les époux ont, dans l'espèce, implicitement déclaré qu'ils écartaient le régime de la communauté; mais qu'importe? Il ne suffit point, pour l'exclure, que les parties déclarent simplement l'intention où elles sont de n'être point communes, si, d'ailleurs, elles ne font point connaître le régime sous lequel elles entendent se placer. En d'autres termes, faire un contrat et ne point indiquer le régime sous lequel on entend se marier, c'est réellement n'en point faire. Or, *à défaut de contrat*, les époux sont soumis au régime de la communauté." (Marc., sur l'art. 1399, C. N.) [[J'avoue que je ne saisis pas la force d'un tel raisonnement.]]

Sous le *régime sans communauté?* Non, encore : le mari ne saurait avoir les droits si importants que ce régime confère (voy. les art. 1416 et 1417) qu'à la condition d'établir qu'il l'a stipulé. Il est, en effet, de principe qu'en cas de doute la convention s'interprète contre le stipulant (art. 1019) ; or, dans l'espèce, le stipulant, c'est le mari, et rien ne prouve que le régime si essentiellement avantageux qu'il prétend avoir ait été l'objet de son contrat (1).

Que conclure de là, si ce n'est que les époux sont mariés sous le *régime de la séparation de biens?* Le contrat doit, en effet, s'interpréter en faveur de la femme, puisque le mari y joue le rôle de stipulant ; or, le doute existant relativement aux deux régimes *sans communauté* et de *séparation de biens*, et ce dernier régime étant, quant à la femme, plus favorable que le premier, il y a lieu de présumer qu'elle en a fait la règle de ses rapports pécuniaires avec son mari.

SECTION PREMIERE. — De ce qui compose la communauté activement et passivement.

§ I. — *De l'actif de la communauté.*

Dès que le mariage est formé, on peut dire qu'il y a au logis trois patrimoines différents : 1° celui du mari ; 2° celui de la femme ; 3° le patrimoine commun au mari et à la femme, ou patrimoine de la communauté.

La loi ne permet jamais qu'un des trois patrimoines s'enrichisse indirectement aux dépens d'un autre : lorsque cela arrive, le patrimoine enrichi doit indemnité ou récompense au patrimoine appauvri.

Nous avons à rechercher les éléments constitutifs de chacun de ces trois patrimoines.

Tous les biens des époux appartiennent à la communauté, soit en pleine propriété, soit en jouissance seulement.

Ceux qui lui appartiennent en pleine propriété s'appellent *biens de communauté ;* les autres, *biens personnels aux époux, propres de communauté,* ou, plus brièvement, *propres.*

La communauté, tant qu'elle dure, possède tous les biens, tant les biens de communauté que les propres. Lors donc qu'un époux prétend, à la dissolution de la communauté, qu'un bien lui est personnel, c'est à lui de le prouver en justifiant de la cause qui

(1) Voy. cependant Dur., t. 14, n°s 97 et 98 ; MM. Aubry et Rau, t. 5, § 504, p. 270, note 11.

le lui a attribué en propre. Ainsi, *tout bien est réputé, jusqu'à preuve contraire, bien de communauté.*

Cela posé, on pourrait dire : *Tous les biens des époux tombent en pleine propriété dans la communauté, sauf exception.* Il y aurait alors à rechercher, non pas quels biens tombent dans la communauté, mais quels biens restent propres aux époux. La loi a suivi un système plus compliqué. Elle détaille : 1° les biens qui tombent dans la communauté ; 2° les biens qui restent propres aux époux.

Suivons donc cette marche, puisque c'est celle de la loi.

I. Quels biens tombent dans la communauté. — [[L'article 1272 nous le dit dans les termes qui suivent:

1272. " La communauté se compose activement :

" 1° De tout le mobilier que les époux possèdent le jour de la " célébration du mariage, et aussi de tout le mobilier qu'ils ac- " quièrent, ou qui leur échoit pendant le mariage, à titre de suc- " cession ou de donation, si le donateur ou testateur n'a exprimé " le contraire ;

" 2° De tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quel- " que nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, " provenant des biens qui appartiennent aux époux lors de la " célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage " à quelque titre que ce soit ;

" 3° De tous les immeubles qu'ils acquièrent pendant le ma- " riage (*a*). "]]

Nous pouvons tout dire en trois formules.

Tombent dans la communauté : 1° *Tous les meubles présents, c'est-à-dire appartenant à l'un des époux lors du mariage, sans aucune exception.*—Ce principe résulte du texte même de la loi (art. 1272-1°). Ainsi, sont communs : les meubles corporels et les meubles incorporels, les meubles meublants, les créances ou actions ayant pour objet des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie (art. 387), les rentes perpétuelles ou viagères (art. 388), et enfin les successions mobilières déjà ouvertes au moment du mariage... ; en un mot, *tout ce qui n'est pas immeuble.*

(*a*) Cet article est en substance la reproduction de l'article 1401 du code Napoléon, mais notre article comble une lacune du code Napoléon en déclarant spécialement que tous les meubles que les époux *acquièrent* pendant le mariage tombent dans la communauté.

Cependant, la rédaction de ce premier paragraphe de l'article 1272 laisse à désirer ; les mots " tout le mobilier qu'ils acquièrent, ou qui leur échoit pendant le mariage, à titre de succession ou de donation," etc., ne comprendraient rigoureusement que les acquisitions à titre de succession ou de donation. Le texte anglais de notre article ne prête pas à cet équivoque.

2° *Tous les immeubles acquis par l'un des époux, dans l'intervalle des deux contrats, en échange de choses mobilières, sauf une exception.* — Ce principe est encore écrit dans la loi. [[En effet le deuxième alinéa de l'article 1275 s'exprime comme suit :

" Néanmoins, si un des époux avait acquis un immeuble
" depuis le contrat de mariage contenant stipulation de com-
" munauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble ac-
" quis dans cet intervalle entre dans la communauté, à moins
" que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause
" du contrat, auquel cas elle est réglée suivant la conven-
" tion (*a*).]]

La formule du législateur est même plus générale que la nôtre : car, prise à la lettre, elle signifierait que tout immeuble acquis dans l'intervalle des deux contrats tombe dans la communauté. Mais le but que la loi s'est proposé serait dépassé si on l'entendait dans un sens aussi général. En effet, qu'a-t-elle voulu? Déroger au principe contenu dans le premier alinéa de l'article 1275, savoir que les *immeubles présents restent propres à chaque époux.* Dans quel but y déroge-t-elle? Afin d'empêcher les fraudes qu'il serait facile à l'un des époux de commettre au préjudice de l'autre, s'il pouvait, en immobilisant sa fortune, soustraire à la communauté les biens mobiliers en vue desquels le régime de la communauté a été stipulé par l'autre partie. Or, lorsqu'un immeuble est acquis *à titre gratuit,* ou même à titre onéreux, *moyennant l'aliénation d'un autre immeuble,* cette acquisition n'est pas faite en violation des légitimes espérances du futur conjoint de l'acquéreur. — Cette formule de la loi : *tombent dans la communauté tous les immeubles acquis depuis le contrat de mariage et avant la célébration du mariage,* doit donc être remplacée par celle-ci : *tombent dans la communauté les immeubles acquis dans l'intervalle des deux contrats, en échange de choses mobilières destinées à y tomber* (1).

(*a*) C'est une reproduction du deuxième alinéa de l'article 1404 du code Napoléon.

(1) La réciproque est-elle vraie ? Faut-il dire que, de même que les *immeubles* acquis, dans l'intervalle des deux contrats, en échange de biens *mobiliers*, sont communs, de même les *meubles* acquis, dans le même temps, en échange de biens *immobiliers*, sont propres ? Si, par exemple, l'un des futurs époux vend un de ses immeubles, la créance du prix sera-t-elle subrogée à l'immeuble qu'il a vendu, et qui eût été un propre s'il en eût conservé la propriété jusqu'au jour de la célébration du mariage ? La négative me paraît bien fondée.

Mais l'immeuble acquis dans l'intervalle des deux contrats reste propre à l'époux acquéreur, quoiqu'il l'ait acquis moyennant l'aliénation d'un capital mobilier, lorsque cette acquisition a été prévue et réglée d'avance par le contrat de mariage.

3° *Tous les biens, meubles ou immeubles, acquis pendant le mariage, sauf exception.* — Quant aux immeubles, la règle est écrite dans le 3° de l'article 1272. [[Les immeubles donnés ou légués, par d'autres que les ascendants de l'un des époux, aux époux conjointement ou à l'un d'eux, suivent cette règle et tombent dans la communauté, à moins qu'ils n'en aient été exclus spécialement (voy. al. 3 de l'art. 1276 cité plus loin).

La loi a posé cette double règle:

1° Les immeubles dont les époux avaient la propriété *au moment de la célébration du mariage* leur restent propres (art. 1275, 1er al.);

2° Tous les meubles dont ils étaient propriétaires *à la même époque* tombent dans la communauté (art. 1272).

La première règle reçoit une exception: les immeubles acquis, dans l'intervalle des deux contrats, en échange de biens mobiliers, tombent dans la communauté, comme y seraient tombés les meubles avec lesquels ils ont été acquis.

La seconde règle, au contraire, ne reçoit aucune exception. Rien dans la loi n'en limite l'étendue. Tous les meubles dont les époux avaient la propriété *au moment de la célébration du mariage* tombent dans la communauté; peu importe d'où ils viennent: la loi ne distingue pas.

Cette différence entre les deux espèces prévues a d'ailleurs sa raison d'être. Le futur époux qui, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration, convertit ses meubles en immeubles, tromperait son futur conjoint si les immeubles qu'il acquiert de cette manière lui restaient propres. Il y avait là une fraude que la loi devait prévenir.

Il n'en est point de même dans l'hypothèse inverse. Celui des futurs époux qui, dans l'intervalle des deux contrats, convertit ses biens immeubles en meubles, afin de les faire tomber dans la communauté, ne trompe, en effet, personne: il ne fait préjudice qu'à lui seul.

Pothier, il est vrai, admettait l'une et l'autre exception. Mais on peut dire avec raison que les rédacteurs du code, n'ayant reproduit que la première, ont, par là même, exclu la seconde. Ce qui me porte à le penser, c'est que le motif sur lequel Pothier appuie sa décision n'a aucune espèce de fondement. " Les meubles que l'un des futurs conjoints acquiert en aliénant ses immeubles dans l'intervalle des deux contrats doivent, dit-il, lui rester propres. La raison en est que des futurs conjoints peuvent bien se faire tels avantages que bon leur semble par leur contrat de mariage; mais, dans le temps intermédiaire entre le contrat et la célébration, il ne leur est plus permis *d'en changer les conditions* et de se faire aucun avantage ni direct ni indirect, sans le gré et à l'insu des personnes qui y ont été parties... Or, la vente que ce conjoint a faite de ses immeubles dans le temps intermédiaire entre le contrat et la célébration est un avantage qu'il a voulu faire *dans un temps prohibé*, à l'autre conjoint, en faisant tomber dans la communauté le mobilier dans lequel il a converti ses immeubles qui ne devaient pas y tomber. On doit donc, pour empêcher cet avantage, lui accorder, et à

Les immeubles acquis durant la communauté sont censés l'avoir été à même l'actif de la communauté, à moins d'une preuve contraire: cour d'appel, *Mongeau & Dubuc*, 30 L. C. J., p. 25: voy. aussi art. 1273 cité plus loin.

Quant aux meubles, la formule de l'article 1401 du code Napoléon, ne mentionne que le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage et celui "qui leur "échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de "donation." Nous avons vu, *suprà*, p. 149, note (*a*), que rigoureusement on pourrait donner la même interprétation au texte français de notre article 1272, mais, en France, on s'ac-

---

ses héritiers, la reprise du prix desdits héritages qui est entré en la communauté" (*Traité de la communauté*, nº 603).

Cette démonstration a paru victorieuse à M. Duranton (t. 14, nº 184). Elle ne résiste pas pourtant à un examen réfléchi. Elle serait décisive, sans doute, si l'actif de la communauté devait être composé d'après l'état des biens dont les époux étaient propriétaires *avant le contrat de mariage;* mais ce système n'est point celui de la loi. Les époux qui se bornent à accepter le régime de la communauté tel qu'il est réglé par la loi, qui ne fixent aucun chiffre de leur apport, ni la qualité individuelle des meubles dont il se composera, sont réputés vouloir mettre en commun, non point le mobilier qu'ils ont *au moment où ils contractent*, mais le mobilier qu'ils auront *au moment de la célébration de leur mariage.* Celui des deux futurs qui, dans l'intervalle des deux contrats, convertit ses immeubles en meubles, ne déroge donc en aucune façon à ses conventions matrimoniales. Le contrat auquel il s'est soumis reçoit, au contraire, sa pleine et entière exécution, puisque les choses se passent telles qu'elles ont été arrêtées entre les parties. A la vérité, il fait un apport plus considérable que son conjoint n'avait pu l'espérer; mais, si étendu qu'il soit, cet apport *n'excède point celui qui avait été promis*, puisque l'apport promis n'avait point de limites. En un mot, les parties ont promis d'apporter dans la communauté leur mobilier *tel qu'il se comportera au moment de la célébration du mariage;* les événements qui, dans l'intervalle des deux contrats, en modifient en plus ou en moins la consistance, ne sont donc point à considérer. Cela est tellement vrai que la loi a été obligée de faire une exception formelle à ce principe pour le cas où l'un des futurs conjoints a, dans ce même intervalle de temps, transformé ses biens meubles en biens immeubles.

La raison sur laquelle Pothier s'est appuyé, pour déclarer propres les meubles acquis en échange d'un immeuble depuis le contrat et avant la célébration, conduirait d'ailleurs à l'absurde si on le pressait dans ses conséquences. Ainsi, il faudrait dire que les baux consentis par la femme dans l'intervalle des deux contrats, que tous les actes d'administration qu'elle a passés dans le même temps, sont nuls et sans effet: car, si ces actes sont valables, le contrat de mariage qui a confié au mari le droit d'administrer lui-même les biens de sa femme, se trouve modifié, au grand préjudice peut-être de l'un des époux. Quelqu'un ira-t-il jusque-là? [[Voy., aussi dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, nº 51.]]

Contrà, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, note 7; M. Laurent, t. 21, nº 268.

corde à étendre la disposition de l'article 1401 de manière à y comprendre tout le mobilier acquis pendant le mariage à quelque titre que ce soit, et c'est bien ce que notre législateur voulait dire, et ce qu'il a effectivement dit dans le texte anglais de l'article 1272.

Entrent également dans la communauté les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus, pendant le mariage, provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de la célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage à quelque titre que ce soit (art. 1272, § 2, copie textuelle du paragraphe 2 de l'article 1401 C. N.) (*a*).]]

Nous venons de voir que les *meubles* dont les époux étaient propriétaires avant le mariage tombent dans la communauté, tandis que les *immeubles* qui leur appartenaient à la même époque leur restent propres [[d'après le premier alinéa de l'article 1275 que je vais bientôt citer.]] D'où vient cette différence?

Elle ne peut s'expliquer qu'historiquement.

L'ancien droit prohibant le prêt à intérêt et rangeant les rentes dans la classe des immeubles, la fortune *mobilière* était peu considérable dans chaque famille. Aussi les jurisconsultes n'avaient-ils pour elle que peu de considération: *Vilis mobilium possessio*, disaient-ils. La fortune immobilière, au contraire, était pour chacun le patrimoine essentiel, celui qu'on s'efforçait de conserver dans chaque famille, qu'on n'aliénait que dans des circonstances graves. En conséquence, la loi ne supposait point que les époux avaient entendu mettre en commun leurs immeubles, auxquels ils étaient présumés être si attachés. Mais, comme, dès l'instant où la société commence, il doit y avoir un fonds social, on le supposait formé des biens auxquels les époux tenaient peu, c'est-à-dire de leurs meubles.

Ce raisonnement est aujourd'hui plus que vicieux; il est injuste dans ses résultats! En effet, le prêt à intérêt étant permis, les rentes étant rangées parmi les meubles, et l'industrie ayant pris une grande extension, il en résulte que la fortune mobilière compose souvent le patrimoine essentiel, tout le patrimoine d'une

---

(*a*) La femme ne serait pas autorisée à réclamer de la communauté, après sa dissolution, les intérêts et profits que la communauté aurait pu tirer d'une somme en capital et intérêts, reçue en paiement d'une créance appartenant en propre à la femme, lors même que cette créance aurait été stipulée propre à la femme *en capital et intérêts*, car cette stipulation n'a eu pour effet que de rendre propre à la femme la somme en capital et intérêts payée à la communauté par le débiteur de la créance : cour d'appel, *Montpellier & Lahaie*, R. J. Q., 5 B. R., p. 475.

famille, en sorte qu'il arrive quelquefois que l'un des époux apporte *tout* son patrimoine dans la communauté, tandis que l'autre conserve le sien en entier. 100,000 francs de rente sur le grand-livre tombent dans la communauté, et une méchante bicoque de 100 francs n'y tombe pas!

[[Une question qui pourrait se présenter serait celle de savoir si l'assurance sur la vie de l'un des époux mariés en communauté, et payable à son décès à ses exécuteurs, administrateurs ou ayants cause, tombe dans la communauté de biens. La cour d'appel a décidé que le capital d'une telle police d'assurance tombait dans la communauté (voy. *Labelle & Honey,* 33 L. C. J., p. 252, et *Labelle & Barbeau,* 20 R. L., p. 607). (Voy. aussi juge Loranger, *DeGrandmont* v. *La société des Artisans Canadiens-français,* R. J. Q., 15 C. S., p. 147).

Lorsqu'une assurance est sur la vie du mari, et que la femme meurt avant lui, le capital de l'assurance tombe dans le patrimoine du mari s'il survit à la dernière année de prime payée pendant l'existence de la communauté et s'il continue à payer les primes, mais il devra tenir compte à la communauté de la valeur de réduction de la police au moment de la dissolution de la communauté (voy. 58 Vict. ch. 46).]]

II. Quels biens restent propres aux époux. — Il y a sept causes de propres quant aux immeubles, trois quant aux meubles.

SONT PROPRES IMMOBILIERS

1° *Tous les immeubles dont les époux étaient propriétaires avant le mariage,* sauf ceux qui ont été acquis dans l'intervalle des deux contrats, en échange de choses mobilières destinées à tomber dans la communauté. [[C'est ce que règle l'article 1275, dont le premier alinéa se lit comme suit:

" Les immeubles que les époux possèdent au jour de la célé" bration du mariage ou qui leur échoient pendant sa durée, par " succession ou à titre équipollent, n'entrent point en commu" nauté (*a*). "]]

2° *Tous ceux qui sont acquis pendant le mariage en vertu d'une cause préexistante à sa célébration.* — Ainsi, l'immeuble acquis par prescription pendant le mariage appartient en propre à l'époux qui en avait, avant le mariage, la *possession légale.*

(*a*) C'est en substance une reproduction du premier alinéa de l'article 1404 du code Napoléon, sauf les mots "*ou à titre équipollent,*" que ce dernier ne contient pas.

Quant au deuxième alinéa de l'article 1275, qui parle des immeubles acquis dans l'intervalle des deux contrats, voy. *supra,* p. 150.

[[Je tire cette solution de l'article 1273, qui s'exprime dans les termes suivants :

1273. " Tout immeuble est réputé conquêt de la communauté, " s'il n'est établi que l'un des époux en avait la propriété ou la " possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est " échu depuis par succession ou à tire équipollent (*a*).]]

Le prescrivant est, en effet, considéré, non pas comme étant devenu propriétaire au moment où la prescription s'est accomplie, mais comme l'ayant été dès le premier moment de la possession : car la prescription est moins une cause d'acquisition *sui generis* que la présomption légale d'une cause légitime d'acquisition, antérieure d'un instant de raison à la possession. Si l'on objectait que la prescription a dû s'accomplir au profit de la communauté, puisque c'est elle qui a continué la possession commencée par l'époux, nous répondrions que la communauté ne possédait pas pour elle et à titre de propriétaire, mais qu'elle possédait comme usufruitière, et, par conséquent, au nom et pour le compte de l'époux.

L'immeuble acheté, ou reçu à titre d'échange ou de donation, avant le mariage, mais sous condition suspensive, reste également propre à l'époux qui, pendant le mariage, l'acquiert par la réalisation de la condition. Cette acquisition doit, en effet, être régie comme si elle était antérieure au mariage, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif au jour même du contrat (art. 1085).

Enfin, l'immeuble aliéné avant le mariage par l'un des époux, sous une condition résolutoire, reste propre à l'époux aliénateur, quoique la condition résolutoire se réalise pendant le mariage : car, dans ce cas, il y a plutôt anéantissement rétroactif de l'ancienne aliénation qu'acquisition nouvelle (art. 1088).

3° *Les immeubles acquis pendant le mariage à titre de succession* [[*ou à titre équipollent* (art. 1275, al. 1er),]] à moins que le disposant n'ait [[explicitement]] manifesté une volonté contraire. [[L'article 1276 explique dans les termes suivants ce qu'on entend par titre équipollent à succession :

1276. " A l'égard des immeubles, les donations par contrat de " mariage, y compris celles à cause de mort, celles faites durant " le mariage, et les legs faits par les ascendants de l'un des " époux, soit à celui d'entre eux qui est leur successible, soit à " l'autre, à moins de déclaration explicite au contraire, ne sont " censés faits qu'à l'époux successible, et lui demeurent propres " comme équipollents à succession.

(*a*) L'article 1402 du code Napoléon, qui correspond à cet article, se sert du mot *acquêt* au lieu du mot *conquêt*, et du mot *donation* au lieu des mots *à titre équipollent*.

" La même règle a lieu lors même que la donation ou le legs " sont faits, dans leurs termes, aux deux époux conjointe- " ment (*a*).

" Toutes autres donations et legs ainsi faits par d'autres, aux " époux conjointement ou à l'un d'eux, suivent la règle contraire " et entrent dans la communauté, à moins qu'ils n'en aient été " exclus spécialement (*b*)."]]

4° *Les immeubles cédés pendant le mariage* PAR UN ASCENDANT, *soit à titre* de datio in solutum, *soit à la charge par l'époux cessionnaire de payer les dettes du cédant.* [[Cette règle se trouve à l'article 1277, qui se lit comme suit:

(*a*) Voy. *Monet* v. *Brunet*, 17 R. L., p. 681, Mathieu, J.; *Pollico* v. *Elvidge*, 13 L. C. J., p. 333, Torrance, J.; *Dubois & Boucher*, 3 D. C. A., p. 241, cour d'appel; même cour, *St. Ann's Mutual Building Society & Watson*, M. L. R., 4 Q. B., p. 328. Mais la règle ne s'applique pas au cas d'une donation faite par une mère adoptive; cour d'appel, *Jarry & Trust and Loan Co.*, 11 L. C. R., p. 7. Lorsque la déclaration "explicite au contraire" mentionnée dans l'article 1276 est contenue dans l'acte, on n'en devra pas tenir compte si les circonstances révèlent que les parties ont eu pour but d'éluder les dispositions des articles 1260 et 1265 qui défendent aux époux de s'avantager: juge Andrews, *Lemay* v. *Lemay*, R. J. Q., 9 C. S., p. 285.

(*b*) Cet article, disent les codificateurs, est conforme à la coutume de Paris (art. 246), quoique contraire à la doctrine du code Napoléon, qui a introduit une règle nouvelle en déclarant (art. 1405), "que toutes " donations d'immeubles faites pendant le mariage à un seul des con- " joints, lui sont propres et ne tombent dans la communauté que dans " les cas où le donateur l'a expressément déclaré." Ils ajoutent qu'ils ont regardé l'ancienne règle comme plus juste et plus naturelle, étant fondée sur la présomption que la libéralité a dû être faite à l'héritier plutôt qu'à l'étranger, et l'ont en conséquence maintenue.

La différence entre notre code et le code Napoléon, c'est que, dans le droit français moderne, on ne considère pas la personne du donateur; dès que la donation est faite à l'un des époux, que la donateur soit parent ou étranger du donataire, et que celui-ci soit ou non le successible du donateur, l'immeuble donné reste en principe propre au donataire. Dans notre droit, peu importe l'époux à qui la donation est adressée et même quand les époux sont conjointement donataires, dès que le donateur est un ascendant, la donation n'est censée faite qu'à l'époux successible et l'immeuble donné lui demeure propre comme équipollent à succession. L'article 1405 du code Napoléon n'a pas résolu le cas d'une donation faite aux deux époux conjointement, et précisément l'on enseigne—mais là-dessus il y a controverse—que l'immeuble tombera alors dans la communauté (M. Baudry-Lacantinerie, n° 58). Dans notre droit, je le répète, on envisage uniquement la personne du donateur. Dans le cas d'un legs fait aux deux conjoints, *quid* si l'un d'eux meurt avant le testateur? Le legs devient caduc si le testateur est l'ascendant de l'époux décédé: *Dubois & Boucher*, 3 D. C. A., p. 241. Mais si l'immeuble légué devait tomber dans la communauté, il y a lieu au droit d'accroissement en faveur de l'époux survivant pour la part du prédécédé: juge Monk, *Dupuy* v. *Surprenant*, 4 L. C. J., p. 128.

1277. " L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou " autre ascendant, à l'un des conjoints, soit pour le remplir de " ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du dona- " teur à des étrangers, n'entre pas en communauté; sauf récom- " pense ou indemnité (*a*). "]]

Suivant le droit coutumier, l'immeuble acquis par legs ou par donation était commun; mais, par exception, il restait propre à l'époux *lorsque le disposant était son ascendant* (1). Le code [[a maintenu cette distinction: d'après lui, tout immeuble acquis gratuitement n'est propre à l'époux acquéreur que lorsque le disposant est un ascendant. La distinction coutumière est aussi reproduite relativement aux deux acquisitions à titre onéreux qui viennent d'être indiquées.]] Examinons les deux espèces.

Premier cas. — Une personne à qui il est dû 20,000 fr. se marie: sa créance tombe dans la communauté (art. 1272-1°). Pendant le mariage, le débiteur vient trouver l'époux créancier originaire, et lui dit: Prenez ma maison en paiement, et donnez-moi quittance. L'époux accepte. Régulièrement cet immeuble devrait tomber dans la communauté: car c'est la communauté qui en a fourni le prix, puisqu'il a été acquis en échange d'une créance qui lui appartenait. Y tombera-t-il? Oui, si l'abandon a été fait par un débiteur *étranger;* non, s'il a été fait par un débiteur *ascendant*.

Deuxième cas. — Un époux reçoit pendant le mariage un immeuble, à la charge de payer les dettes du cédant: si le cédant est un *étranger,* la communauté acquiert l'immeuble; si c'est un *ascendant,* l'immeuble reste propre à l'époux qui le reçoit, lors même que les dettes du cédant sont payées avec l'argent de la communauté.

Ainsi, dans les deux hypothèses, lorsque l'immeuble acquis provient *d'un ascendant*, on déroge au droit commun. Mais pourquoi? Parce que l'opération qui s'est passée entre l'ascendant et son descendant n'est en réalité qu'un *arrangement de famille*, *une espèce d'avancement d'hoirie* (*b*). Peut-être l'ascendant

---

(1) Voy. Pothier, *Communauté*, t. 7, n[os] 130 et suiv.

(*a*) C'est une reproduction exacte de l'article 1406 du code Napoléon, conforme à l'ancien droit.

(*b*) Voy. cour de revision, *Boucher* v. *Thibaudeau*, R. J. Q., 13 C. S. p. 394. Dans cette cause, il a aussi été décidé que la donation, faite à la charge d'une rente viagère à l'ascendant donateur, ne fait pas exception à cette règle, si la rente n'excède pas la valeur des revenus de l'immeuble. Mais si l'acte contient des stipulations qui en font une véritable vente, et s'il n'a de donation que le nom, la propriété donnée tombe dans la communauté: juge de Billy, *Paget* v. *Bourget*, 2 R. de J., p. 398, et 6 R. de J., p. 177.

a-t-il cédé son immeuble en échange d'une valeur de beaucoup inférieure au prix réel; peut-être aussi le descendant l'a-t-il reçu en échange d'une valeur supérieure. Ce gain ou cette perte s'explique par les relations de parenté existant entre les parties. L'ascendant, si c'est lui qui perd, s'est dit: "Le gain que je procure va où il est destiné à aller." Le descendant, si c'est lui qui perd: "La perte que j'éprouve aujourd'hui, je l'éprouverais plus tard comme héritier." Les parties ne font donc qu'*avancer et prévoir ce qui arriverait au décès de l'ascendant.* Il est juste, par conséquent que les choses soient réglées aujourd'hui comme elles le seraient à sa mort. En un mot, c'est en sa qualité d'héritier que l'époux acquiert cet immeuble, seulement il l'acquiert par anticipation (*a*).

Mais il importe de remarquer que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'époux ne doit pas s'enrichir aux dépens de la communauté: il lui doit donc récompense, soit du montant de la créance dont l'extinction a servi de cause à l'acquisition, soit du montant des sommes dépensées par elle en l'acquit des dettes de l'ascendant.

5° *Les immeubles acquis en échange d'un propre mobilier ou immobilier.* — [[L'article 1278 s'exprime comme suit:

1278. L'immeuble acquis pendant le mariage, à titre d'é-" change contre l'immeuble appartenant à l'un des époux, n'entre " pas en communauté et est subrogé aux lieu et place de celui " qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte (*b*)."]]

L'immeuble nouvellement acquis prend exactement le caractère de la chose aliénée. Cette substitution d'une chose à une autre s'appelle *subrogation réelle,* par opposition à la *subrogation personnelle,* qui a lieu quand un créancier prend la place d'un autre créancier. — S'il y a eu *soulte* (*c*) *donnée* ou *reçue* par l'époux, récompense est due, dans le premier cas, par l'époux à la communauté, si c'est elle qui a de ses deniers acquitté la soulte; dans le second cas, par la communauté à l'époux, si elle a encaissé la soulte (*d*).

(*a*) Cette raison milite contre le système suivi par l'article 1405 C. N. En effet, c'est parce que la donation faite par un ascendant est censée constituer un arrangement de famille, que l'immeuble donné ne tombe pas en communauté.

(*b*) C'est une reproduction exacte de l'article 1407 du code Napoléon, conforme à l'ancien droit.

(*c*) Par *soulte* (de *solvere, solutum*), on entend le retour en argent que l'un des coéchangistes s'engage à payer à l'autre pour compenser la valeur entre les deux immeubles échangés. Cette soulte donne toujours lieu à une récompense que la communauté doit ou qui est due par elle, suivant qu'elle a reçu ou payé cette soulte (M. Baudry-Lacantinerie, n° 61).

(*d*) Je reviendrai plus loin sur cette question.

[[On enseigne que le principe de l'article 1278 s'applique soit qu'on échange un propre immeuble ou un propre mobilier. C'était l'opinion de Pothier (*a*).]]

6° *Les immeubles acquis en remploi*, c'est-à-dire *avec le prix provenant de l'aliénation d'un propre mobilier ou immobilier* (voy. l'expl. des art. 1305 et 1306).

7° *Les portions d'immeubles acquises par licitation ou autrement par l'époux qui avait dans ces immeubles, à titre de propre, une portion indivise.* — [[Voici en effet ce que dit l'article 1279:

1279. " L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des " époux était propriétaire par indivis, ne forme pas un conquêt; " sauf à indemniser la communauté de la somme qui en a été " tirée pour cette acquisition.

" Dans le cas où le mari devient seul et en son nom personnel, " acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un " immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de " la dissolution de la communauté, a le choix, ou d'abandonner " l'immeuble à la communauté, laquelle devient alors débitrice " envers la femme de la portion appartenant à cette dernière " dans le prix, ou de retirer l'immeuble en remboursant à la " communauté le prix de l'acquisition (*b*).]]

Un époux, le mari ou la femme, était avant, ou devient pendant son mariage, copropriétaire d'un immeuble; la portion qui lui appartient en sa qualité de copropriétaire lui est propre, nous le supposons. Il acquiert, moyennant un prix, soit sur licitation, soit à l'amiable, la portion de son copropriétaire: — cette portion nouvellement acquise semblerait devoir tomber dans la communauté, conformément à l'article 1272; cependant elle reste propre à l'époux, par une raison déjà connue, savoir, que le partage ou tout acte qui en tient lieu (art. 747) n'est point *translatif*, mais est simplement *déclaratif de propriété* (art. 746). L'époux n'est pas censé avoir fait une acquisition nouvelle: on le considère comme ayant toujours été *seul* propriétaire de la chose, qui maintenant lui appartient réellement pour le tout. Ajoutons qu'en se portant adjudicataire de la portion qu'il n'avait pas, l'époux a voulu sortir de l'état fâcheux d'indivision; or, il n'atteindrait pas ce but, si la portion par lui ac-

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 61.

(*b*) C'est une reproduction de l'article 1408 du code Napoléon, conforme à l'ancien droit.

quise tombait dans la communauté : il ne ferait, en effet, que changer de copropriétaire.

— Il est bien entendu que, si le prix d'acquisition a été payé par la communauté, récompense lui sera due par l'époux acquéreur (*a*).

Une femme est copropriétaire d'un immeuble, à titre de *propre ;* le mari, agissant *pour lui et en son nom personnel,* acquiert, à titre onéreux, soit la fraction appartenant à sa femme, soit la fraction appartenant aux co-propriétaires de sa femme, soit enfin l'immeuble en totalité : — le mari gardera-t-il pour lui, ou plutôt pour la communauté, l'acquisition ? mais alors il enlèverait à sa femme le droit très légitime d'acquérir en totalité, comme propre, un bien patrimonial. La femme sera-t-elle, au contraire, obligée de prendre pour elle les portions acquises par le mari, au prix qu'il a promis ? Mais ce prix est peut-être exagéré ; d'ailleurs, il ne lui convient peut-être pas d'avoir l'immeuble en totalité. Afin de tout concilier, la loi dit à la femme : Choisissez, prenez le marché pour vous, ou laissez-le pour le compte de votre mari.

Prend-elle le marché pour elle : elle conserve en propre l'acquisition faite par son mari, mais à la charge d'indemniser la communauté du prix qu'elle a payé.

Le laisse-t-elle pour le compte du mari : l'acquisition qu'il a faite tombe dans la communauté, sauf à celle-ci à rembourser à la femme une portion du prix total, proportionnellement à la part qu'elle avait dans l'immeuble, si toutefois sa portion a été comprise dans l'acquisition.

Tout cela est fort équitable ; mais voici qui l'est moins. Quand la femme peut-elle opter ? *Après la dissolution de la communauté !* dit l'article 1279. Or, jusqu'à ce moment, l'immeuble peut subir des détériorations, ou recevoir des améliorations très considérables. Dans le premier cas, la femme laisse le marché pour le compte de la communauté ; elle le prend pour elle dans le second cas, — en sorte que la communauté a les chances de perte et la femme les chances de gain ! Mais, a-t-on dit, c'était là un mal nécessaire : car, si la femme avait pu opter durant le mariage, le mari aurait dirigé presque toujours son choix selon son intérêt personnel. La faculté d'option n'aurait plus été qu'un droit presque illusoire pour la femme (*b*).

(*a*) Voy. *Gagnon* v. *Valentine,* R. J. Q., 2 C. S., p. 50, décision de la cour de revision.

(*b*) Telle est l'opinion générale. Mourlon la combat dans son *Traité de la transcription,* t. 1er, p. 163, note 2. Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. 5,

Lorsqu'elle prend le marché pour elle, son option a un effet rétroactif, qui fait évanouir les aliénations ou hypothèques consenties par le mari au sujet de l'immeuble devenu propre de la femme. Autrement, la faculté de choisir n'eût été d'aucun avantage pour la femme, puisque le mari aurait pu indirectement la lui faire perdre (1).

SONT PROPRES MOBILIERS :

1° *Tous les meubles qui ont été donnés ou légués à l'un des époux* SOUS LA CONDITION EXPRESSE QU'ILS N'ENTRERONT PAS EN COMMUNAUTÉ. — Un donateur doit être libre de limiter le bénéfice de sa libéralité à la personne qu'il affectionne. Cette limitation n'enlève rien à la communauté, puisque le donateur pouvait ne pas donner. La communauté est même intéressée à ce que cette limitation soit permise : car si la libéralité devait nécessairement profiter aux deux époux, le donateur ne la ferait peut-être pas, et la communauté y perdrait un droit très important, le droit d'usufruit sur les objets donnés.

Lorsque la libéralité a été faite sans la clause d'exclusion, les époux ne peuvent pas convenir que le meuble donné restera propre au conjoint donataire ; cette convention violerait l'irrévocabilité du contrat de mariage en excluant de la communauté ce qui doit y tomber (*a*).

2° *Tous les meubles acquis en échange d'un propre mobilier ou immobilier.*—Ainsi, par exemple, lorsqu'un propre est vendu,

---

§ 507, p. 314, note 101.—Suivant M Laurent (t. 21, n° 342), "il est vrai que le droit d'option, en tant qu'il comprend une alternative, ne peut s'exercer qu'à la dissolution de la communauté, parce que l'abandon à la communauté ne peut se faire plus tôt ; mais quand il s'agit uniquement de déclarer que la femme entend avoir l'immeuble en propre, cette déclaration peut se faire de suite."

(1) Le retrait n'est point soumis à la formalité de la transcription. [[Voy. Mourlon, *Traité de la transcription*, n° 65.]]

(*a*) Dans une cause de *Lacoste* v. *Lesage*, R. J. Q., 7 C. S., p. 435, et 1 R. de J., p. 184, le juge Mathieu a décidé qu'on présumerait qu'une somme d'argent a été donnée à l'un des époux pour lui être propre, du fait que par la loi du pays où le donateur est domicilié, les sommes données à l'époux ou qui lui échoient par succession ne tombent pas dans la communauté. Le même juge a, dans la même cause, décidé que les aliments qui sont dus par la loi, et les sommes qui sont données à titre d'aliments, ne tombent pas dans la communauté de biens entre les époux auxquels ces aliments sont dus, car ils sont dus à cause de la parenté et ils sont personnels comme la parenté même. La cour d'appel, dans la cause de *Comte & Lagacé*, 3 D. C. A., p. 319, a cependant jugé que des arrérages d'aliments réclamés tombaient dans la communauté.

la créance du prix appartient en propre à l'époux aliénateur: la loi la subroge aux lieu et place de la chose aliénée.

3° *Toutes les fractions détachées d'un propre, lorsque ces fractions de propre n'ont pas le caractère de fruits.* — Ainsi, *pendant le mariage,* une mine ou une carrière est ouverte sur des immeubles propres: les produits des mines et carrières restent propres comme l'immeuble dont ils ont été détachés. [[Voici en effet comment s'exprime l'article 1274:

1274. " Les mines et les carrières sont, quant à la commu-" nauté, soumises aux règles posées à leur égard, au titre *De* " *l'usufruit, de l'usage et de l'habitation* " (*a*).

" Le produit de celles qui ne sont ouvertes sur l'héritage pro-" pre de l'un des conjoints, que pendant le mariage, ne tombe " pas dans la communauté; mais quant à celles qui étaient ou-" vertes et exploitées antérieurement, l'exploitation peut en " être continuée au profit de la communauté (*b*).

La communauté pourra dans tous les cas, sans récompense, tirer des mines et carrières situées sur l'héritage propre de l'un des conjoints, les matériaux nécessaires pour les réparations et entretiens de cet héritage qui est sujet à son droit d'usufruit (voy. art. 460).]]

III. Du droit d'usufruit qu'a la communauté sur les propres des époux. —La communauté est usufruitière des propres mobiliers ou immobiliers.

Ce droit d'usufruit est soumis aux règles de l'usufruit ordinaire, sauf exception. La communauté acquiert donc les fruits naturels *par la perception* (art. 450, 1272-2°), et les fruits civils *jour par jour* (art. 451, 1272-2°).

D'après les règles de l'usufruit, tous les produits ne sont pas des fruits. Aussi les produits des mines et carrières sont considérés comme fruits seulement dans le cas où l'immeuble dont ils sont détachés était, avant l'acquisition du droit d'usufruit, destiné à ce genre d'exploitation. Les produits des mines et carrières appartiennent donc à l'époux propriétaire du fonds dont ils sont détachés, ou à la communauté, suivant que les mines et carrières ont été ouvertes *avant* ou *pendant* le mariage.

(*a*) Voy. art. 460.

(*b*) L'article 1403 du code Napoléon, correspondant, contient de plus que notre article des ddispositions relatives aux coupes de bois; quant aux mines et carrières, il dit que les produits de celles qui ont été ouvertes pendant le mariage ne "*tombent dans la communauté* que sauf récom-" pense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourrait être due." Ce n'est là qu'une différence d'expression, car le produit des mines et carrières, étant destiné à être vendu, est chose fongible, et la communauté l'absorbe, sauf récompense ou indemnité à l'époux propriétaire du fonds : c'est ce qu'a voulu dire notre article.

IV. Questions diverses. — 1° Les *meubles* dont les époux étaient propriétaires avant la célébration du mariage tombent dans la communauté. Mais que décider si l'un des futurs époux a une créance *alternative* d'un *meuble* ou d'un *immeuble?* Cette créance tombe-t-elle dans la communauté?

A priori, on n'en sait rien. En effet, cette créance n'est pas plus mobilière qu'immobilière; le paiement seul en déterminera la nature. Si c'est l'immeuble qui est payé, il restera propre; si c'est la somme, elle tombera dans la communauté.

— *Quid* d'une créance *facultative?* Quelqu'un m'a légué 10,000 fr., en laissant à son héritier la faculté de se libérer par la prestation de tel immeuble; ou bien m'a légué tel immeuble, en laissant à son héritier la faculté de se libérer par la prestation de 10,000 francs. Je me marie: ma créance tombe-t-elle dans la communauté?

Ici tout est fixé *a priori*: car la nature de l'objet *qui in obligatione est* détermine nécessairement la nature de la créance. Lors donc que cet objet est mobilier, la communauté acquiert la créance; si le débiteur paie l'immeuble *qui in facultate solutionis est,* cet immeuble appartient également à la communauté, puisqu'il est acquis en échange de la créance, à titre de *datio in solutum.* Lorsque l'objet dû est immobilier, la créance me reste propre; si le débiteur paie l'objet mobilier *qui in facultate solutionis est,* ce meuble ne tombe point dans la communauté, il m'appartient en propre, puisqu'il est acquis en échange d'un autre bien qui faisait partie de mon patrimoine particulier.

2° Vous avez une action dans une société de commerce, laquelle comprend tout à la fois des meubles et des immeubles; vous vous mariez sous le régime de la communauté: votre action sera-t-elle commune, ou restera-t-elle propre?

On distingue:

Si la société dure encore au moment du mariage, l'action tombe dans la communauté: car elle est purement mobilière. Elle est purement mobilière: car, les immeubles compris dans la société étant réputés lui appartenir, tant qu'elle dure, le droit actuel de chaque associé a uniquement pour objet les profits à faire, lesquels sont toujours pécuniaires et, par conséquent, mobiliers (voy. l'explic. des art. 387 et 1830) (1).

Si, au contraire, la société est déjà dissoute au moment du mariage, le droit de l'associé qui se marie porte également sur les meubles et sur les immeubles qui en font partie. Dès lors, que décider?

(1) En ce sens, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, p. 285, note 14. V. aussi M. Laurent, t. 21, n° 234.

Premier système. — La nature du droit de l'époux est en suspens tant que dure l'indivision. Le partage, pourvu qu'il soit fait sans fraude, fixera les droits de l'époux et de la communauté : car l'époux sera considéré comme ayant toujours été uniquement et exclusivement propriétaire de chaque meuble ou de chaque immeuble compris dans son lot (*M. Bugnet, à son cours*).

Deuxième système. — Le principe que le partage est seulement déclaratif de propriété n'est qu'une fiction, introduite dans le but de régler les rapports des copropriétaires entre eux ; mais, entre toutes autres personnes, le partage est translatif de propriété. Soit donc une société composée de 1,000 francs, dont 600 en meubles et 400 en immeubles : s'il y a deux associés, le droit de chacun d'eux, après la dissolution de la société, est mobilier jusqu'à concurrence de 300 francs, et immobilier jusqu'à concurrence de 200 francs. Les droits de la communauté et ceux de l'époux sociétaire seront réglés en conséquence et indépendamment des hasards du partage. Ainsi, l'époux a-t-il reçu dans son lot des meubles pour 400 francs et des immeubles pour 100 : la communauté lui devra une récompense de 100 francs. A-t-il reçu des immeubles pour 300 francs et des meubles pour 200 : il devra à la communauté une récompense de 100 francs. De cette manière on enlève aux époux la faculté de pratiquer des fraudes, ou de se faire des avantages indirects (*M. Val., à son cours*) (1).

3° *Quid,* si l'un des futurs était avant son mariage cohéritier dans une succession tout à la fois mobilière et immobilière ?

— La question est la même que celle qui précède.

4° Lorsqu'un époux trouve un trésor dans le fonds d'autrui, la moitié qu'il acquiert *jure inventionis* tombe dans la communauté. Sur ce point on est d'accord. Mais que décider de la moitié de ce trésor attribuée *jure soli* à l'époux propriétaire du fonds ? lui reste-t-elle propre, ou tombe-t-elle dans la communauté ?

Pothier soutenait qu'elle reste propre à l'époux. Plusieurs auteurs partagent son avis. Le trésor, disent-ils, n'est pas un *fruit ;* ce qui le prouve, c'est que l'usufruitier n'y a aucun droit (art. 461). Or, l'usufruit de la communauté est réglé comme l'usufruit ordinaire. Donc elle n'acquiert pas le trésor.

La solution contraire me semble préférable. Tous les meubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté, sauf

(1) Ce deuxième système est suivi par MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, p. 285, note 13, et t. 6, § 625, pp. 566 et 567, note 29, ainsi que par M. Laurent, t. 21, n° 233.

exception (art. 1272-1°) ; il n'y a pas d'exception quant au trésor : donc il doit tomber dans la communauté.

Si l'époux conserve comme propres les produits des mines et carrières ouvertes *pendant le mariage*, c'est que, ces produits étant des *fractions* de propres, l'époux, propriétaire du sol dont ils faisaient partie, se trouverait appauvri au profit de la communauté si elle en bénéficiait. Mais le trésor n'est pas une fraction du sol (voy., en mon tome 3, *l'expl. de l'art.* 586) ; celui-ci vaut, après la découverte du trésor, ce qu'il valait auparavant. Si donc la communauté gagne, l'époux ne s'appauvrit pas. Sans doute le trésor n'est pas un *fruit!* Aussi la communauté y prétend-elle, non pas cimme usufruitière, mais en vertu du principe que les meubles acquis pendant le mariage forment des acquêts de communauté (1).

5° " La communauté se compose activement de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, échus ou perçus pendant le mariage " (art. 1272-2°). — Qu'était-il besoin de dire que les intérêts et arrérages tombent dans la communauté? Les créances ou les rentes qui les produisent ne lui appartiennent-elles pas, même quant au capital? Evidemment, puisque les créances de sommes d'argent et les rentes sont rangées dans la classe des meubles, et qu'en principe, tous les meubles présents et à venir des époux sont communs. Or, si la créance ou la rente appartient en capital à la communauté, il était bien inutile de dire que la communauté en acquerra les revenus. La disposition semble même inexacte : car ce n'est pas comme usufruitière que la communauté acquiert les revenus, mais comme propriétaire.

On répond à cette objection que le 2° de l'article 1272 s'applique, non pas aux rentes ou créances qui tombent dans la communauté, mais à celles qui sont propres aux époux. Ainsi, un époux vend un de ses immeubles moyennant un prix ou une rente, la créance ou la rente lui reste propre (2) ; mais la communauté, comme usufruitière, en acquiert les intérêts ou les arrérages. — Cependant on soulève encore ici une difficulté. Les fruits, les arrérages, sont des meubles ; or, la règle est que tous les meubles acquis aux époux sont acquêts de communauté. Le 2° de l'article 1272 est donc inutile. L'objection est fondée, si l'on ne veut voir que la communauté purement légale ; mais il est possible que les époux soient convenus *qu'ils garderont comme*

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. 7, p. 93 ; Val. ; Laurent, t. 21, n° 228 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 45.]] — *Contrà*, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, p. 289, note 28.

(2) Voy. ci-dessus, p. 161.

propres tous les meubles acquis pendant le mariage. Dans cette hypothèse, l'article 1272-2° sera utile pour attribuer à la communauté tous les meubles qui auront le caractère de *fruits.*

6° Suivant le droit coutumier, tout *propre mobilier* tombait dans la communauté, sauf récompense; en sorte que le droit de l'époux consistait, non pas en *un droit de propriété* sur un corps certain, mais en *une créance contre la communauté.* Les meubles provenant d'une cause de propres étaient donc aux risques et périls de la communauté, qui, nonobstant leur perte, restait débitrice de leur valeur. Ajoutons que le mari les pouvait aliéner, lors même qu'ils provenaient du chef de la femme. — Le code a-t-il suivi le même système?

Oui, si les propres se consomment par le premier usage, ou sont destinés à être promptement vendus (comp. l'art. 1846): ces meubles sont, en effet, choses fongibles. La communauté, qui en a l'usufruit, en a, par conséquent, la propriété: car le quasi-usufruit emporte toujours l'acquisition des objets qui y sont soumis (art. 452).

Non, si les propres mobiliers sont des corps certains, qui ne se consomment pas par le premier usage, ou des objets non destinés par leur nature à être vendus: car la communauté en jouit comme un usufruitier ordinaire, et l'usufruit des choses non fongibles n'en transporte pas la propriété à l'usufruitier (art. 454).

Ainsi, un immeuble a été vendu par la femme: la créance du prix, n'étant pas chose fongible, lui reste propre. Le mari ne peut l'exercer qu'au nom de la femme et comme son mandataire (art. 1298). Mais, si le prix est payé, la somme reçue étant une chose fongible, la communauté l'acquiert, sauf récompense, en sa qualité de quasi-usufruitière (art.1303) (*a*).—De même, les produits des mines et carrières propres à l'un des époux, [[et ouvertes pendant le mariage,]] tombent dans la communauté, sauf récompense, parce que ces objets, étant, par leur nature, destinés à être vendus, sont choses fongibles (*b*).

(*a*) Le mari, comme chef de la communauté, peut disposer librement des sommes d'argent, et en général des choses fongibles, propres à la femme, comme biens de la communauté, et ces biens peuvent être saisis pour les dettes du mari ou de la communaté; pour enlever au mari le contrôle de ces biens, la femme aurait dû stipuler par contrat de mariage le droit exclusif de les administrer ou d'en disposer: cour de revision, *Véronneau* v. *Véronneau*, R. J. Q., 3 C. S., p. 199. Je me réserve de faire plus loin quelques observations sur cet arrêt, en parlant de la clause de réalisation.

(*b*) Il est vrai que l'article 1274 dit que ces produits ne tombent pas dans la communauté, mais ceci veut dire que si la communauté en fait

7° L'article 1278 est-il applicable même au cas où la soulte à payer par l'époux est *considérable?* L'immeuble nouvellement acquis est-il alors en totalité propre à l'époux qui l'a acquis, ou est-il commun pour le tout, ou enfin est-il à la fois propre et commun, propre jusqu'à concurrence de la valeur du propre aliéné, commun pour le surplus?

PREMIER SYSTÈME. — L'immeuble est *propre pour le tout.* On doit, en effet, prendre le contrat d'où il provient avec la qualification que les parties lui ont donnée. Elles ont formellement, dans l'espèce, déclaré vouloir faire un *échange;* or, l'immeuble acquis en échange d'un propre est, dans tous les cas, propre pour le tout. Qu'il y ait une soulte à payer ou qu'il n'y en ait point, qu'elle soit minime ou qu'elle soit considérable, il n'importe. L'article 1278 ne distingue point (1).

DEUXIÈME SYSTÈME.—La réalité doit l'emporter sur la fausse qualification que les parties ont donnée à leur contrat. En effet, lorsqu'on veut savoir la nature véritable d'une convention et, par suite, les règles dont elle relève, on doit plutôt considérer le but dans lequel les parties l'ont faite que le nom qu'elles lui ont donné: *non sermoni res, sed rei est sermo subjectus* (art. 1013 et 747 comb.). Cela posé, deux hypothèses sont à prévoir:

a. La somme à payer à titre de soulte est-elle *de beaucoup supérieure* à la valeur du propre aliéné; suppose-t-on, par exemple, qu'un immeuble de 40,000 fr. a été acquis en échange d'un propre de 10,000 fr., et sous la charge d'une soulte de 30,000 francs: l'immeuble acquis est réputé acquis par *achat* et, en conséquence, *commun pour le tout.*

Si, en effet, laissant de côté la qualification que les parties lui ont donnée, on s'attache, ainsi qu'on le doit, au but qu'elles se sont proposé, on ne doit pas hésiter à reconnaître qu'elles ont voulu, l'une acquérir une somme d'argent en échange de son immeuble, l'autre acquérir ce bien en échange de la somme qu'elle a promise; que cet *échange d'un bien contre une somme* est le but principal qu'elles ont eu en vue, et qu'ainsi leur convention présente tous les caractères distinctifs et essentiels de la *vente.* La dation de l'immeuble qui vaut le moins n'a fait partie du contrat qu'à titre d'*accessoire.* Or, de même que la soulte, quand elle est *de beaucoup inférieure* à la valeur de l'immeuble cédé par l'échangiste qui la doit, ne modifie point la nature de l'é-

---

son profit, elle devra une récompense ou une indemnité à l'époux propriétaire du fonds. C'est en ces derniers termes, plus explicites, que s'exprime l'article 1403 du code Napoléon.

(1) Voy. en ce sens, M. Laurent, t. 21, nos 357 et 358.

change, de même la dation de l'immeuble stipulée comme accessoire dans une vente proprement dite ne dénature point le contrat principal dont elle fait partie. Les deux cas sont semblables.

b. La somme à payer est-elle, au contraire, absolument, ou à peu de chose près, en plus ou en moins, égale à la valeur du propre aliéné; suppose-t-on, par exemple, qu'un immeuble de 40,000 francs a été acquis moyennant un propre de 20,000 francs et une somme de 19,000, de 20,000 ou de 21,000 francs: la convention à laquelle les parties ont inexactement donné le nom d'*échange* n'est ni un pur *échange,* ni un pur *achat.* Elle est, en effet, double dans son objet. Dès lors, rien ne s'oppose à ce qu'on y voie deux contrats principaux et distincts, quoique réunis en elle, un *échange* et un *achat,* soumis, chacun de son côté, aux règles qui lui sont propres. Dans ce système, l'immeuble acquis est propre jusqu'à concurrence du propre aliéné, et commun pour le surplus (1).

[[Je crois qu'il faut suivre le premier système. La décision qu'on adopte dans le deuxième système lorsque le montant de la soulte égale la moitié de la valeur de l'immeuble acquis, me paraît purement arbitraire. Enseigner qu'un immeuble est propre pour une moitié, et en communauté pour l'autre moitié, c'est ouvrir la porte à des contestations et créer un état de choses qui n'a pas dû entrer dans les prévisions du législateur. D'ailleurs *lex non distinguit.* L'article 1278 dit que dans tous les cas l'immeuble acquis en échange reste propre à l'époux, sauf récompense s'il y a soulte. Que cette soulte soit minime ou considérable, peu importe, la loi ne distingue pas. Mais cette décision ne s'impose que lorsqu'il y a eu réellement échange. Si, sous le nom mensonger d'échange, on a caché une véritable vente, comme lorsque la valeur de l'immeuble donné en échange n'est qu'une faible fraction de celle de l'immeuble acquis et payé en très grande partie en argent, il faudrait dire que l'immeuble ainsi acheté entrera en communauté, sauf récompense à l'époux dont l'immeuble a servi à payer le prix d'acquisition (*a*).]]

---

(1) Consultez M. Bug., *sur Poth.*, t. 7, n° 197. Ce 2e *système* est enseigné par MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, p. 301, note 62.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 61.

§ II. *Du passif de la communauté, et des actions qui en résultent contre la communauté.*

Cette matière est fort difficile ; elle demande une grande application et une attention soutenue. [[Je cite d'abord l'article 1280 :

1280. " La communauté se compose passivement :

" 1° De toutes les dettes mobilières dont les époux sont grevés " au jour de la célébration du mariage, ou dont se trouvent char- " gées les successions qui leur échoient pendant sa durée, sauf " récompense pour celles relatives aux immeubles propres à " l'un ou à l'autre des époux ;

" 2° Des dettes, tout en capitaux qu'arrérages ou intérêts, " contractées par le mari pendant la communauté, ou par la " femme du consentement du mari, sauf récompense dans les " cas où elle a lieu ;

" 3° Des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes " passives qui sont personnelles aux deux époux ;

" 4° Des réparations usufructuaires des immeubles qui n'en- " trent point en communauté ;

" 5° Des aliments des époux, de l'éducation et entretien des " enfants et de toute autre charge du mariage (*a*).]]

Posons maintenant quelques règles préliminaires.

1re RÈGLE. — *La composition du passif repose toute entière sur le principe* : EUMDEM SEQUI DEBENT INCOMMODA QUEM SEQUUNTUR COMMODA. Nous trouverons partout, en effet, une corrélation intime et exacte entre l'actif et le passif. Ainsi, la loi fait entrer dans le passif de la communauté :

1° " Les dettes *mobilières* dont les époux étaient tenus avant la célébration de leur mariage. " — Corrélation avec le 1° de l'article 1272, qui fait entrer dans l'actif commun tous les biens mobiliers dont ils étaient propriétaires à la même époque.

2° " Les dettes qui font partie des successions *mobilières* échues aux époux pendant le mariage. " — Nouvelle corrélation avec le 1° de l'article 1272, qui place également dans l'actif de la communauté les biens *mobiliers* que les époux acquièrent par succession. (Toutefois, voy., ci-après l'expl. des art. 1282 et s.)

3° " Les dettes, tant en capitaux qu'en intérêts et arrérages, contractées, pendant le mariage, par le mari ou par la femme du consentement du mari. — Ici la corrélation existe avec [[le 1° et]] le 3° de l'article 1272, aux termes [[desquels les meubles et]] les immeubles acquis pendant le mariage par les époux,

---

(*a*) C'est une reproduction exacte de l'article 1409 du code Napoléon.

deviennent communs entre eux. La communauté, qui profite des biens qu'ils réalisent, subit par une juste réciprocité les pertes qu'ils éprouvent.

4° "Les arrérages et intérêts des dettes personnelles aux époux."

5° "Les réparations usufructuaires des meubles et des immeubles qui n'entrent point en communauté."

6° "Les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants et toutes les autres charges du mariage" (*a*).

Toutes ces dettes, — intérêts et arrérages des dettes personnelles aux époux, réparations usufructuaires, éducation et entretien des enfants, charges du mariage, — se paient habituellement *avec les revenus*: aussi les a-t-on toujours considérées comme une charge naturelle *de la jouissance* des biens. La communauté a la jouissance, non seulement des biens communs, mais encore des biens propres aux époux: c'est à elle, par conséquent, à supporter toutes les charges dont il vient d'être parlé.

Ainsi, harmonie parfaite, rapport constant entre la composition du *passif* et la composition de l'*actif* de la communauté.

2e RÈGLE. — *Les dettes qui ne tombent point dans la communauté l'obligent néanmoins jusqu'à concurrence du profit qu'elle en a tiré.* — C'est le *de in rem verso* des Romains (1).

Ainsi, une femme mariée emprunte avec l'autorisation de justice une somme d'argent: la dette qu'elle contracte par cet emprunt ne tombe point dans la communauté (art. 1296) ; néanmoins, si cette somme d'argent a été employée, en tout ou en partie, soit à l'acquittement d'une dette de la communauté, soit à l'amélioration ou à la conservation d'un bien commun, la communauté alors est tenue dans la limite du profit qu'elle en a tiré (art. 1296 et 1287, arg. d'anal.). (Voy. infra p. 180).

3e RÈGLE. — *Les dettes qui tombent dans la communauté n'y tombent point toutes de la même manière; les unes y entrent* SANS CHARGE DE RÉCOMPENSE, *les autres n'y tombent qu'*A CHARGE DE RÉCOMPENSE. — Je m'explique.

La communauté peut être tenue d'une dette de deux manières différentes. Elle peut l'être:

(*a*) La réclamation du médecin pour soins donnés à la femme est une dette de la communauté: cour supérieure, *Jeannot* v. *Allard*, 6 L. C. R., p. 474 ; juge Papineau, *Perrault* v. *Etienne*, 1 L. N., p. 471. Mais la communauté et le mari ne sont pas responsables des dépenses d'entretien de la femme en dehors du domicile conjugal qu'elle a quitté sans cause légale: juge Short, *Morkill* v. *Jackson*, 14 L. C. R., p. 181 ; cour de revision, *Sheridan* v. *Hunter*, R. J. Q., 6 C. S., p. 259.

(1) *Inst. de Just.*, § 4 du Titre *Quod cum eo* (liv, IV, tit, VII).

1° En ce sens qu'elle pourra être, SUR LA POURSUITE DU CRÉANCIER, contrainte de payer la dette, MAIS SAUF SON RECOURS CONTRE L'ÉPOUX DÉBITEUR, qui, en définitive, devra la supporter seul. [[Supposons, par exemple, qu'une succession purement immobilière soit échue au mari pendant le mariage; les dettes de cette succession tomberont dans la communauté, en ce sens que le paiement pourra en être poursuivi contre elle et sur ses biens; mais si elle les paie, elle aura alors un recours contre le mari pour se faire rembourser ce qu'elle aura payé à sa décharge (art. 1283).]]

2° En ce sens qu'elle devra la payer SANS AUCUN RECOURS CONTRE L'ÉPOUX DÉBITEUR. Soit une dette contractée pendant le mariage par le mari et relative aux biens communs: la communauté en sera tenue, non seulement en ce sens qu'elle pourra être, sur la poursuite du créancier, contrainte de la payer, mais encore en ce sens qu'après l'avoir payée, elle n'aura rien à demander au mari qu'elle aura libéré.

Ainsi, deux classes de dettes, savoir:

1° Les dettes qui ne tombent dans la communauté qu'*à charge de récompense*, c'est-à-dire qui n'entrent point définitivement dans son passif, mais dont le paiement peut être poursuivi sur ses biens, sauf son recours contre l'époux débiteur, dont elle n'est, en quelque sorte, qu'une *caution;*

2° Les dettes qui tombent dans la communauté *sans récompense*, c'est-à-dire qui entrent définitivement dans son passif, qu'elle doit payer pour son propre compte, comme un débiteur ordinaire, et sans aucun recours contre l'époux en la personne duquel elles ont pris naissance.

Cette distinction peut être exprimée par une autre formule, qu'il importe de connaître. Lorsqu'une dette tombe dans la communauté *sans récompense*, on dit alors qu'elle est commune, non seulement *à l'égard du créancier*, en ce sens qu'il pourra en poursuivre le paiement sur les biens de la communauté, mais encore *à l'égard des époux entre eux*, en ce sens qu'au lieu d'être supportée *pour le tout* par celui d'entre eux qui l'a contractée, elle devra l'être contributoirement par l'un et par l'autre. Que si, au contraire, il s'agit d'une dette tombée dans la communauté *à charge de récompense*, on dit, dans ce cas, qu'elle est commune *au regard du créancier*, sans l'être *inter conjuges*. Le créancier peut actionner la communauté et se faire payer par elle; mais, quand interviendra un règlement de compte entre les époux, la dette devra être mise pour le tout à la charge de celui d'entre eux qu'elle intéresse exclusivement.

Ainsi : 1° *Droit de poursuite* pour les créanciers ;

2° *Contribution* des époux entre eux :

Telles sont les idées fondamentales de cette matière.

4e RÈGLE. — *La circonstance qu'une dette est tombée dans la communauté, ne modifie en aucune façon la condition de l'époux débiteur dans ses rapports avec le créancier.*—Celui-ci se trouve alors avoir deux débiteurs au lieu d'un : l'époux, son débiteur originaire, et la communauté, devenue sa débitrice. Le mariage, en effet, ne peut pas être pour ceux qui le contractent une cause d'extinction de leurs obligations.

Il faut aller plus loin encore. Lorsqu'une dette tombe dans la communauté du chef de la femme, ce ne sont point seulement [[les biens de la communauté et de la femme qui en sont tenus, ceux du mari devront encore en répondre, car, à l'égard des tiers, et tant que la communauté dure, les biens communs et les propres du mari ne se distinguent point, ils ne forment qu'un seul patrimoine. J'aurai à dire plus loin si le mari devient ainsi personnellement obligé au paiement de ces dettes, ou s'il n'en est tenu qu'en sa qualité de commun en biens avec sa femme.]]

Ces règles générales étant connues, nous pouvons aborder les détails de la matière.

Nous aurons à reconnaître trois espèces de dettes, savoir :

1° Les dettes qui tombent dans la communauté *sans charge de récompense ;*

2° Les detes qui n'y entrent qu'*à charge de récompense ;*

3° Enfin celles qui n'y tombent sous aucun rapport.

Nous étudierons séparément, pour plus de clarté : 1° les dettes antérieures à la célébration du mariage ; — 2° les dettes contractées pendant le mariage ; — 3° les dettes faisant partie des successions échues aux époux.

I. — DES DETTES ANTÉRIEURES AU MARIAGE.

Ces dettes peuvent être *mobilières* ou *immobilières.*

Les dettes *immobilières* étaient nombreuses dans l'ancien droit : car, d'une part, les rentes étaient, en général, immobilières, tant passivement qu'activement, et, d'autre part, les conventions de donner un immeuble engendraient des obligations immobilières, puisqu'au lieu de transférer la propriété par elles-mêmes et sans le secours de la tradition, ces conventions étaient simplement productives de l'obligation de transférer la propriété de la chose qu'elles avaient pour objet. Aujourd'hui toutes les rentes sont mobilières (art. 388). [[sauf celle résultant de

l'emphytéose;]] les conventions de donner sont par elles-mêmes, du moins entre les parties contractantes, immédiatement translatives de propriété, lorsqu'elles ont pour objet un corps certain (art. 1025). Les dettes immobilières sont donc aujourd'hui fort rares. Il en existe quelques-unes pourtant. Ainsi, lorsque je m'engage à vous procurer, moyennant une somme d'argent ou gratuitement, la propriété de tant d'hectares de terre à prendre en Afrique, ou la propriété d'un immeuble individuellement déterminé, mais appartenant à autrui, notre convention n'étant point par elle-même translative de propriété, son effet se borne à m'obliger à vous transférer la propriété d'un immeuble: mon obligation est donc immobilière (*a*).

Le passif et l'actif antérieurs à la célébration du mariage sont liés l'un à l'autre par une corrélation parfaite: *là où va l'actif, là va le passif mobilier; là où reste l'actif immobilier, là reste le passif immobilier.*

Ainsi, les *dettes mobilières,* comme les *biens mobiliers,* tombent dans la communauté.

Les *dettes immobilières,* de même que les *biens immobiliers,* restent personnelles à chaque époux.

[[Lorsque la dette est à la fois *mobilière* et *immobilière,* elle tombera dans la communauté pour la partie mobilière. Si elle est *alternative* et porte sur un meuble ou un immeuble, sa nature ne pourra se constater que par le paiement, mais si elle est *facultative,* sa nature se déterminera d'après celle de la chose qui est due sans avoir égard à la nature de celle que le débiteur peut offrir en paiement (*b*).]]

Toutes les dettes mobilières, quelle qu'en soit l'origine, qu'elles soient nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, les dettes de la femme comme celles du mari, tombent dans la communauté, par cela seul qu'elles sont mobilières et antérieures au mariage.

Il existe toutefois une différence importante entre les dettes du mari et celles de la femme.

Le paiement des dettes mobilières du mari peut toujours être demandé sur les biens de la communauté. Le créancier qui la poursuit n'a pas besoin de prouver que sa créance est *antérieure* au mariage: car, les dettes que le mari contracte pendant le mariage tombant dans la communauté (art. 1280-2°), de même

---

(*a*) Quant aux obligations alternatives qui ont pour objet un meuble ou un immeuble, et quant aux obligations de faire, voy. dans mon tome 2, p. 437, la note (1).

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 85. Voy. aussi *supra*, p. 163.

que ses dettes antérieures, il importe peu de savoir quand et comment elles ont pris naissance.

Il n'en est point de même de celles de la femme. Les dettes mobilières *antérieures au mariage* tombent dans la communauté; celles qu'elle contracte pendant son mariage autrement qu'avec l'autorisation de son mari lui restent personnelles. Lors donc que la communauté est poursuivie, du chef de la femme, pour une dette que la femme a contractée sans l'autorisation du mari, le créancier ne peut réussir dans sa demande qu'autant qu'il prouve que la dette dont il réclame le paiement est *antérieure au mariage.*

Comment fera-t-il cette preuve? [[L'article 1281 répond à cette question dans les termes qui suivent:

1281. " La communauté n'est tenue des dettes mobilières con- " tractées avant le mariage par la femme qu'autant qu'elles sont " constatées par acte authentique antérieur au mariage, ou " ayant acquis (*a*) avant la même époque une date certaine, soit " par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs si- " gnataires au dit acte, ou par quelqu'autre preuve satisfaisante, " excepté dans les matières commerciales, dans lesquelles la " preuve peut se faire suivant les dispositions des articles 1233, " 1234 et 1235.

" Le créancier de la femme, en vertu d'un acte dont la date " n'est pas constatée tel que ci-dessus, ne peut en poursuivre " contre elle le paiement avant la dissolution de la communauté.

" Le mari qui prétend avoir payé pour sa femme une dette de " cette nature, n'en peut demander récompense ni à sa femme, " ni à ses héritiers (*b*).

La preuve de la créance contractée par la femme avant le mariage peut se faire:

Par témoins dans [[quatre]] cas, savoir: 1° lorsqu'il s'agit d'une dette dont le chiffre ne dépasse point [[$50.00 (art. 1233)]]; 2° lors même qu'elle est supérieure à cette somme, s'il

---

(*a*) Suppléez, avant les mots " ayant acquis," les mots " par acte sous seing privé."

(*b*) L'article 1410 du code Napoléon, qui correspond à cet article, en diffère notablement quant au deuxième allnéa. Il permet au créancier, dans le cas y mentionné, de se faire payer pendant le mariage sur la nue propriété des biens de la femme.

Le premier alinéa en diffère aussi, en ce qu'il ne contient pas les mots " ou par quelqu'autre preuve satisfaisante," ni la disposition relative aux matières commerciales.

On peut rapprocher les mots " ou par quelqu'autre preuve satisfaisante," de l'expression " preuve légale," dont se sert le deuxième alinéa de l'article 1225. Voy. *supra*, p. 55, ce que j'en ai dit.

existe un commencement de preuve par écrit (art. 1233) ; 3° quel qu'en soit le chiffre, lorsqu'elle est née dans une circonstance telle qu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve écrite de son droit, ou que l'écrit qui en a été dressé a été détruit ou perdu par suite d'un cas fortuit ou de force majeure (art. 1233) ; [[4° en matière commerciale.]]

Dans tout autre cas, le créancier doit rapporter une preuve écrite de l'antériorité de sa créance. Mais qu'arrivera-t-il, si l'écrit qu'il présente n'a pas acquis *une date certaine antérieure au mariage?*

Cet acte ne sera point opposable *à la communauté*: car ici la communauté joue le rôle d'*un tiers*, et, à l'égard des tiers, les actes sous seing privé ne font foi de leur date qu'autant qu'elle est devenue certaine, conformément à l'article 1225, [[sauf à en faire une preuve légale, et sauf s'il s'agit d'un écrit d'une nature commerciale (art. 1226).]]

Il sera, au contraire, opposable *à la femme* qui l'a signé: car elle est ici *partie*, et, entre parties, les actes sous seing privé, dont la signature a été reconnue par le signataire ou vérifiée en justice, en cas de dénégation, font par eux-mêmes pleine foi de leur date (art. 1222). [[Mais, dans l'espèce, le créancier muni d'un titre qui n'a pas, antérieurement au mariage, acquis date certaine, ne peut en poursuivre le paiement contre elle ou ses héritiers qu'après la dissolution de la communauté.

Il en est différemment sous l'article 1410 du code Napoléon. Dans ce cas, le créancier peut poursuivre le paiement de la dette sur la nue propriété des biens de la femme. Ce droit même paraît lui être enlevé par les termes de notre article (*a*).]]

Toutefois, si le mari paie la dette sans réserve expresse de ses droits, il reconnaît par là même qu'elle est antérieure au mariage, ce qui lui enlève le droit d'exiger de la femme ou de ses héritiers la restitution des sommes qu'il a déboursées, et qu'il est réputé avoir payées pour le compte de la communauté.

Au reste, la femme est toujours admise à attaquer l'acte portant une date antérieure au mariage, si d'ailleurs la date n'est pas devenue certaine avant cette époque: autrement, la protection que la loi lui accorde deviendrait illusoire, puisqu'en fait elle pourrait s'obliger sans l'autorisation de son mari ou de la

---

(*a*) Il faut ne pas se méprendre sur le sens des mots " ne peut en " poursuivre le paiement contre elle avant la dissolution de la commu- " nauté." L'article 1281 n'empêche pas le créancier de *prendre jugement* contre la femme, mais seulement d'*exécuter* ce jugement avant la dissolution de la communauté. Il lui sera nécessaire même de prendre tel jugement, s'il veut empêcher la prescription de la dette.

justice. Mais la fraude ne se présume point: c'est donc à la femme à la prouver.

Le mari pourrait lui-même prendre en son nom l'initiative de ce procès, afin de faire cesser l'atteinte que l'acte antidaté porte à sa puissance maritale (art. 183) (*a*).

Toutes les dettes antérieures au mariage tombent dans la communauté lorsqu'elles sont *mobilières;* mais, tandis que les unes y tombent *sans récompense,* les autres n'y entrent que sauf le recours de la communauté contre l'époux du chef duquel elle est tenue. Il nous faut donc rechercher à quels signes nous pourrons reconnaître ces deux classes de dettes. Nous trouvons dans la loi une règle sur ce point; mais cette règle a besoin elle-même d'une explication.

Les dettes mobilières antérieures au mariage n'entrent dans la communauté qu'*à charge de récompense,* lorsqu'elles sont "RELATIVES A DES PROPRES" (art. 1280-1°).

J'entends par DETTES RELATIVES A DES PROPRES celles qui ont pour cause *l'acquisition, l'amélioration, la conservation* ou *le recouvrement d'un immeuble qui figure comme propre dans le patrimoine de l'époux du chef duquel elles sont entrées dans la communauté.* Soient les espèces suivantes:

Avant son mariage, l'un des futurs époux acquiert un immeuble, soit moyennant un prix, soit en retour d'une rente qu'il s'engage à servir... : il fait un marché avec un architecte pour la réparation d'une maison... ; ou bien il fait des frais pour revendiquer un champ qui lui appartient: — s'il est encore, au moment de son mariage, débiteur du prix ou de la rente..., de la somme promise à l'architecte... ou des frais faits dans le procès en revendication, toutes ces dettes tomberont dans la communauté: car, ayant pour objet une somme d'argent, elles sont *mobilières.* Y tomberont-elles *avec* ou *sans charge de récompense?* On distingue:

Si l'époux débiteur est encore, au moment de la célébration de son mariage, propriétaire de l'immeuble acheté..., réparé... ou recouvré..., les dettes qu'il a contractées à l'occasion de cet immeuble ne tomberont dans la communauté qu'à charge de récompense: car, ayant eu pour cause l'acquisition, la conservation

(*a*) Il convient de faire observer que l'article 1281 ne s'applique pas aux dettes qui découlent d'une source autre qu'un contrat, comme celles qui sont nées d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi. Mais, bien entendu, il faut que l'antériorité de la dette soit établie conformément au droit commun. Quant aux dettes commerciales, elles sont présumées avoir été contractées le jour indiqué par l'écrit qui les constate (art. 1226).

ou le recouvrement d'un immeuble qui fait partie de ses biens personnels, il est vrai de dire qu'elles sont RELATIVES A UN PROPRE.

Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire si l'immeuble dont il s'agit n'appartient déjà plus à l'époux débiteur au moment de la célébration de son mariage; si, par exemple, il l'a vendu avant de se marier, s'il l'a donné, ou encore, s'il l'a perdu par suite de quelque cas fortuit; si, en un mot, pour une cause quelconque, il a, dès avant la célébration de son mariage, cessé d'en avoir la propriété, la communauté alors n'a droit à aucune récompense: car, si les dettes qui ont eu pour cause l'acquisition, l'amélioration ou le recouvrement de ce bien sont relatives *à un immeuble,* on ne peut point dire qu'elles sont relatives *à un propre,* puisque cet immeuble ne figure point parmi les biens personnels de l'époux débiteur.

Ainsi, veut-on savoir si une dette antérieure au mariage tombe ou ne tombe pas dans la communauté: il faut considérer SON OBJET. S'il est *mobilier,* elle tombe dans la communauté.

Veut-on savoir si une dette mobilière tombe dans la communauté *avec* ou *sans* charge de récompense: on doit considérer SA CAUSE. Si elle a eu pour CAUSE l'acquisition, l'amélioration, la conservation ou le recouvrement d'un immeuble qui, au moment de la célébration du mariage, appartient encore à l'époux débiteur, elle n'entre dans la communauté qu'à charge de récompense. Dans toute autre hypothèse, la communauté est tenue de la payer sans aucun recours contre l'époux du chef duquel elle est tenue.

Dans le cas où la dette est relative à un propre, la communauté, avons-nous dit, n'en est tenue que sauf récompense. Toutefois, son droit de recours ne comprend que le capital de la dette qu'elle a payée: car, comme elle gagne pour elle les revenus des biens propres aux époux, elle doit, par une juste réciprocité, prendre à sa charge tous les intérêts ou arrérages de leurs dettes personnelles (art. 1280-3°) (*a*).

Lorsqu'une dette mobilière est antérieure au mariage, le créancier acquiert, par l'effet du mariage de son débiteur, tantôt un, tantôt deux débiteurs de plus. S'agit-il d'une dette du mari: le paiement peut en être poursuivi, non seulement sur les biens personnels du mari, mais encore sur les biens de la communauté. La dette provient-elle de la femme: l'avantage est plus grand encore: le créancier peut, en effet, se faire payer non seulement

(*a*) Y comprises les rentes qui grèvent les biens propres. (Voy. *Girard* v. *Lemieux*, 2 R. de L., p. 78).

sur les propres de la débitrice et sur les biens de la communauté, mais encore sur les biens personnels du mari (voy. supra p. 172).

Je viens de dire que les dettes *immobilières* antérieures au mariage ne tombent point dans la communauté. Cela est parfaitement vrai quant aux dettes immobilières de la femme; mais, en ce qui touche celles du mari, la règle que j'ai posée se trouve indirectement détruite par l'application d'un autre principe. Je m'explique. Nous verrons plus tard que le mari, tant que dure la communauté, a, sur les biens qui la composent, un pouvoir si grand, qu'il peut, sous certaines restrictions, les aliéner à titre gratuit (art. 1282) (*a*), ou les employer à ses plaisirs, ce qui, par *à fortiori*, emporte pour lui le pouvoir de les employer au paiement de ses dettes personnelles. Il peut donc les aliéner et, avec l'argent qu'il en retire, payer ses créanciers personnels. Or, s'il le peut, ses créanciers le peuvent également, conformément au principe doctrinal de l'article 1031.

Ainsi, bien qu'en principe ses dettes immobilières antérieures au mariage lui restent personnelles, la communauté s'en trouve indirectement tenue. J'ai donc eu raison de dire (voy. supra, p. 172), que toute personne qui a droit d'agir contre la communauté a, par là même, action contre le mari, et, à l'inverse, que quiconque a droit d'agir contre le mari a également action contre la communauté, au moins tant qu'elle dure.

II.—DES DETTES QUI ONT PRIS NAISSANCE PENDANT LE MARIAGE.

I. Dettes du mari. — La règle qui les régit est extrêmement simple: toutes les dettes que le mari *contracte* pendant le mariage tombent dans la communauté, *à l'égard des créanciers*. Le mot *contracte* n'a pas ici sa signification habituelle; il a un sens absolu, applicable à tous les faits, contrats, quasi-contrats, délits ou quasi-délits, par lesquels le mari s'oblige. Ainsi, toute dette mobilière ou immobilière née d'un fait du mari oblige la communauté.

Une exception a été pourtant admise. Les obligations que le mari contracte *en délinquant*, porte l'article 1295, n'obligent point la communauté lorsqu'elles sont nées d'*un crime emportant mort civile* (*b*).

(*a*) Ces restrictions sont moins considérables ici qu'en France.

(*b*) L'article 1295 se lit comme suit:

1295. "Les condamnations prononcées contre l'un des deux époux "pour crime emportant la mort civile, ne frappent que sa part de la "communauté et *de* ses biens personnels."

II. Dettes de la femme. — En ce qui touche les dettes nées des actes de la femme, plusieurs cas sont à considérer.

1° *Les dettes qu'elle contracte avec l'autorisation de son mari tombent, en principe, dans la communauté.* — Peu importe que le fait autorisé par son mari soit un contrat ou un quasi-contrat: dans l'un et l'autre cas, l'effet est le même, la communauté est obligée. Et ce n'est pas seulement la communauté qui est tenue: le mari l'est également [[comme commun en biens]] sur ses biens personnels (art. 1280-2° et 1290) (*a*). [[Je reviendrai sur cette question plus loin.]]

Notre règle souffre toutefois *une exception.* Nous la retrouverons pour l'étudier dans ses détails (voy. *infra,* ce que je dis sur l'art. 1284).

2° *Lorsque la femme agit comme mandataire de son mari, elle n'oblige que lui et la communauté.* — [[Cette règle est exprimée à l'article 1291, dans les termes qui suivent:

1291. " Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en " vertu de la procuration générale ou spéciale du mari, est à la " charge de la communauté; et le créancier n'en peut poursuivre " le paiement ni contre la femme, ni sur ses biens person- " nels" (*b*).]]

Dans notre droit, le mandataire qui contracte oblige son mandant sans s'obliger lui-même (art. 1715 et 1720).

Le mandat que le mari donne à sa femme peut n'être que tacite. Ainsi, la femme qui achète les choses nécessaires aux besoins du ménage agit en vertu de la procuration tacite de son mari, lorsqu'elle traite avec des marchands qui connaissent sa qualité de femme mariée. Les fournisseurs ont alors pour obligés le mari et la communauté; mais ils n'ont aucune action contre la femme (*c*).

Cet article est une reproduction de l'article 1425 du code Napoléon. Cependant le mot *de*, que j'ai mis en italiques, et qui se trouve dans notre article avant les mots " *ses biens personnels*," ne se trouve pas au code Napoléon. Ce mot est évidemment de trop dans notre article. C'est une inadvertance qui ne se trouve d'ailleurs que dans le texte français.

Ajoutons que la mort civile ayant été abolie en France, la règle de l'art. 1425 C. N. se trouve maintenant sans application.

(*a*) Voici comment s'exprime l'article 1290:

1290. " Les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que " la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur les " biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, sauf " la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari."

Cet article est une copie textuelle de l'article 1419 du code Napoléon.

(*b*) C'est une copie textuelle de l'article 1420 du code Napoléon.

(*c*) Voy., en ce sens, cour d'appel, *Hudon & Marceau,* 23 L. C, J., p. 45.

[[Il convient d'ajouter cependant, que, comme le mandataire ne peut dépasser les bornes de son mandat, la femme ne sera censée avoir mandat que pour les dépenses qui sont en proportion avec les ressources de son mari. Si elle fait des dépenses excessives, elle ne liera ni son mari, car elle a dépassé les bornes de son mandat, ni elle-même, car elle n'a pas été autorisée à contracter en son nom. Cependant, dit M. Baudry-Lacantinerie, les tribunaux doivent tenir grand compte, en pareil cas, de la bonne foi des fournisseurs.

Le mandat tacite peut se révoquer comme le mandat exprès: un avis personnel au fournisseur serait sans doute suffisant. Quand l'avis a été donné par les journaux, les fournisseurs pourraient plaider ignorance de cet avis. L'article 1758 paraît autoriser cette solution, bien qu'il ne parle que d'un avis de révocation donné au mandataire seul. Au surplus, les fournisseurs ne sont pas tenus de lire les journaux et aucun texte ne pourvoit à un tel avis.

Enfin, ajoutons que la théorie du mandat tacite repose sur la communauté de vie et d'habitation. Si les époux se sont séparés volontairement, on ne pourra invoquer un tel mandat contre le mari, mais comme la femme peut toujours réclamer des aliments à son mari, le fournisseur pourra exercer cette action contre le mari, si la femme s'y refuse, ou porter contre lui l'action *in rem verso* (*a*).]]

3° *Lorsqu'elle contracte en son propre nom avec l'autorisation de justice, elle n'oblige qu'elle seule.* — Sa dette est étrangère au mari et à la communauté. Dans ce cas, le créancier n'a d'action [[contre la communauté que dans la mesure du bénéfice que celle-ci en a retiré. Cette règle résulte de l'article 1296, qui se lit comme suit:

1296. " Les actes faits par la femme sans le consentement du " mari, même avec l'autorisation de la justice, n'engagent les " biens de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle " en profite, à moins que la femme n'ait contracté comme mar- " chande publique et pour le fait de son commerce (*b*).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 97 *bis*. Voy., dans une espèce où les époux vivaient séparés, une décision de la cour de revision, *Sheridan* v. *Hunter*, R. J. Q., 6 C. S., p. 258, où il a été jugé que le mari n'est pas responsable du loyer que la femme s'engage à payer pour une maison autre que le domicile conjugal.

(*b*) Cet article diffère de l'article 1426 du code Napoléon, correspondant, en ce qu'il déclare que les actes faits par la femme avec l'autorisation de la justice, n'engagent les biens de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en profite, tandis que l'article 1426 C. N. l'en

La femme commune en biens ne pourrait, sans l'autorisation de son mari, faire même des actes d'administration, comme assurer les meubles de ménage appartenant à la communauté: juge Taschereau, *Rousseau* v. *Royal Insurance Co.*, M. L. R., 1 S. C., p. 395.

Le fait que la femme commune en biens du créancier aurait détruit un billet donné en reconnaissance d'un prêt, ne constituerait pas une remise tacite de la dette, car la femme commune en biens ne peut faire remise d'une dette de la communauté: cour de revision, *Laliberté* v. *Gadoua*, R. J. Q., 8 C. S., p. 308.

Le mari n'est pas responsable des frais de justice faits par sa femme commune en biens, sans son autorisation, lors même qu'elle a agi avec l'autorisation d'un juge: juge Mathieu, *Augé* v. *Daoust*, R. J. Q., 4 C. S., p. 113.]]

Cette règle de l'art. 1296 toutefois n'est pas absolue. Elle souffre aussi deux exceptions, que nous retrouverons bientôt (voy. *infra*, art. 1297).

4° *Les dettes nées de ses délits ou quasi-délits ne peuvent être poursuivies que sur* [[*ses biens et après la dissolution de la communauté, et n'engagent jamais la communauté.* — En effet l'article 1294 s'exprime comme suit:

1294. "Les condamnations pécuniaires encourues par le " mari pour crime ou délit, peuvent se poursuivre sur les biens " de la communauté. Celles encourues par la femme ne peuvent " s'exécuter que sur ses biens et après la dissolution de la com- " munauté" (*a*).

La femme commune en biens doit être condamnée seule pour les dommages résultant de son délit, et le mari ne peut être recherché à cet égard s'il n'est pas allégué et prouvé qu'il a participé à l'acte de sa femme: juge Tessier, *Bonneau* v. *Laterreur*, 1 Q. L. R., p. 351; juge Mathieu, *Bazinet* v. *Roy*, 18 R. L., p. 294; juge Andrews, *Bourassa* v. *Drolet*, R. J. Q., 1 C. S., p. 107; juge White, *Camiré* v. *Bergeron*, 7 R. de J., p. 43. Mais si le délit de sa femme est commis en sa présence sans qu'il s'y

---

exonère, lors même qu'elle en a profité; ce qui a paru, à nos codificateurs, injuste et contraire au principe "que l'on ne doit jamais s'enrichir aux "dépens d'autrui." Le changement introduit dans notre article est d'accord avec l'avis de Pothier, *Communauté*, nos 255 et 256.

(*a*) L'article 1424 du code Napoléon, correspondant, diffère de notre article sur plus d'un point: d'abord il ne parle que des amendes encourues pour crime n'emportant pas mort civile; ensuite, il accorde récompense à la femme dans le cas d'amende encourue par le mari et payée par la communauté; enfin, il permet d'exécuter sur la nue propriété des biens personnels de la femme, pendant la communauté, les amendes encourues par elle.

oppose en aucune façon, il sera présumé y avoir consenti et en sera tenu responsable: juge Mathieu, *Lavigueur* v. *Liscumb*, 20 R. L., p. 619. Dans la cause de *Rocheleau* v. *Rocheleau*, 14 L. C. J., p. 194, le juge Torrance a condamné le mari conjointement et solidairement avec sa femme parce qu'il s'était joint à elle pour contester l'action en dommages.

Le mari n'étant pas responsable du délit de sa femme commis à son insu et hors de sa présence, on ne pourra opposer en compensation, à une demande faite par lui en son nom personnel, les dommages résultant de ce délit, lors même que sa propre demande résulte d'un délit commis par le défendeur contre sa femme: juge Loranger, *Lavallée* v. *Surprenant*, 10 L. N., p. 313; juge Taschereau, *Poirier* v. *Dutrisac*, 1 R. de J., p. 558.

5° *L'obligation contractée soit solidairement soit conjointement par le mari et la femme, ou bien par la femme seule comme caution de son mari, ne lie la femme que comme commune en biens.* Aux termes de l'article 1301, "la femme ne "peut s'obliger avec ou pour son mari qu'en qualité de com- "mune; toute obligation qu'elle contracte ainsi en autre qua- "lité est nulle et sans effet."

Nous rencontrons ici une grave différence entre notre droit et le droit français, ancien et moderne. D'après l'article 1431 du "code Napoléon, "la femme qui s'oblige solidairement avec son "mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est "réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution: "elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée."

Donc, en France, la femme peut s'obliger avec ou pour son mari; si elle s'engage solidairement avec lui pour les affaires de la communauté ou du mari, elle reste personnellement obligée vis-à-vis du créancier, et ce n'est que dans ses rapports avec son mari qu'elle est regardée comme sa caution. Il en est de même de la dette contractée conjointement par le mari et la femme, mais alors la femme ne peut être poursuivie que pour la moitié de la dette (*a*).

La même règle était suivie dans l'ancienne jurisprudence, comme l'atteste Pothier (*b*).

Il enseigne que lorsque, par le contrat par lequel le mari contracte et dispose de quelques biens de sa communauté, la femme autorisée est présente et partie au contrat, elle contracte non seulement en sa qualité de commune en biens, mais en son

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 150.

(*b*) *Communauté*, n° 499.

propre nom, et ne peut pas, en renonçant à la communauté, se décharger à l'égard du créancier avec qui elle a contracté, sauf à elle à s'en faire indemniser par son mari, ou par les héritiers de son mari.

On peut dire que dans le premier état du droit romain la femme pouvait s'engager pour son mari. Sous les empereurs Auguste et Claude, l'on porta les premières entraves à cette liberté, et plus tard, vers le règne de Vespasien, fut adopté le sénatus-consulte Velléin (*a*) qui défendait à la femme de contracter ou de donner ses biens en gage à un créancier pour toute personne, mari, fils ou père (*b*).

Donc, sous le sénatus-consulte Velléin, le cautionnement, *intercessio*, était interdit à la femme, mariée ou non, et quelle que fût la personne en faveur de qui elle s'était engagée. Elle avait pleine capacité pour les autres contrats. Ajoutons que dans la suite on restreignit les prohibitions de cette loi au cautionnement que la femme faisait en faveur de son mari.

En France, nous retrouvons le sénatus-consulte Velléin vers le douzième siècle, mais on permit à la femme de renoncer expressément au bénéfice de la loi, et on comprend qu'on ne manquait pas, chaque fois qu'elle s'obligeait pour son mari, de lui faire consentir pareille renonciation. Avec cette faculté, le sénatus-consulte n'offrait qu'une protection illusoire à la femme, et Henri IV l'abrogea par son édit du mois d'août 1606. Cet édit déclara que la femme pourrait s'obliger valablement et intercéder pour autrui et l'article 1431 du code Napoléon consacre le même principe en maintenant, vis-à-vis du créancier, l'obligation de la femme pour les affaires de la communauté ou du mari, comme obligation principale, tout en lui donnant l'effet d'un cautionnement à l'égard de son mari.

Le droit commun français, tel qu'il était en 1663, ayant été introduit en ce pays par l'édit de création du conseil souverain de Québec, on comprend qu'il n'y fut pas question du sénatus-

(*a*) L'auteur de cette loi, le consul Velleius Tutor, lui avait donné son nom.

(*b*) On qualifia cependant cette règle par des exceptions. Ainsi le créancier pouvait réclamer le bénéfice du contrat lorsqu'il avait été trompé, et l'obligation était valable quand la femme avait promis une dot, ou lorsqu'elle s'était rendue caution pour la manumission d'un esclave, ou qu'elle avait reçu quelque chose en considération de l'obligation, ou enfin quand elle renouvelait son obligation après deux ans. Mais dans aucun cas elle ne pouvait s'obliger pour son mari, car elle lui aurait conféré ainsi un avantage au mépris de la règle prohibant les avantages entre mari et femme.

consulte Velléin, alors abrogé depuis plus de cinquante ans. Aucune modification ne fut apportée à ce droit jusqu'en 1841, mais en cette année la législature du Canada-Uni adopta l'ordonnance concernant l'enregistrement, 4 Victoria, chapitre 30, dont l'article 36 se lisait comme suit:

" Nulle femme mariée ne pourra se porter caution, ni encou-" rir de responsabilité en aucune qualité que comme commune " en biens avec son mari, pour les dettes, obligations ou enga-" gements contractés par le mari avant leur mariage, ou pendant " la durée du mariage, et tous engagements et obligations con-" tractés par une femme mariée, en violation de cette disposition, " seront absolument nuls et de nul effet."

Nous retrouvons ensuite cette disposition dans les statuts refondus pour le Bas-Canada, chapitre 37, article 55, en ces termes:

" Et qu'il soit de plus ordonné et statué, que depuis et après " le jour auquel cette ordonnance aura force et effet, il ne sera " loisible à aucune femme mariée de devenir caution ou " responsable, ou d'encourir aucune responsabilité quelconque, " en aucune autre qualité que comme commune en biens avec " son mari, pour les dettes, engagements ou obligations qui " pourront avoir été contractés ou faits en aucun temps pendant " la durée de tout tel mariage; et tous cautionnements, contrats " ou obligations, faits ou contractés par aucune femme mariée " après le jour en dernier lieu mentionné, en contravention à " cette disposition, seront absolument nuls et inefficaces à toutes " fins que de droit quelconques" (*a*).

C'est l'article 1301 qui remplace maintenant ces dispositions statutaires. On remarquera qu'il n'annule pas seulement les obligations que la femme contracte, autrement que comme commune, *pour* son mari, mais aussi ceux qu'elle contracte *avec* lui.

" Les engagements que la femme contracte avec son mari," disent les codificateurs " ont été, dans notre article, assimilés à " ceux qu'elle contracte directement pour lui, d'après une pré-" somption admise par les tribunaux, qui ont justement donné " cette extension à la loi."

Les codificateurs se réfèrent à la décision de la cour d'appel dans la cause de *Jodoin & Dufresne* (3 L. C. R., p. 189), qui

---

(*a*) Dans un remarquable article auquel je renvoie le lecteur, M. J.-J. Beauchamp, C. R., exprime l'opinion que cette loi ne faisait que proscrire le cautionnement de la femme pour son mari, et il interprète ainsi l'expression "s'obliger" de l'article 1301. (Voy. *la Revue Légale*, nouvelle série, t. 2, pp. 339 et suiv.).

date de 1853. La cour d'appel, suivant l'arrêtiste, aurait décidé que la femme ne peut s'obliger avec son mari que comme commune, et que dans l'espèce un cautionnement par une femme, conjointement avec son mari, pour un tiers, est nul d'après les décisions de l'ordonnance de la 4 Vic. ch. 30, sect. 36 (*a*).

Or, il faut remarquer — si ce n'est pas trop tard pour le faire — que l'arrêt rendu dans la cause de *Jodoin* & *Dufresne* est un simple arrêt d'espèce, lequel n'est motivé que d'une manière générale, le tribunal se contentant de décider que le contrat en question était en contravention avec les dispositions de l'ordonnance (*b*).

On a coutume de justifier cet arrêt en disant que toute obligation consentie par la femme avec son mari est présumée avoir été consentie par elle plutôt pour garantir l'obligation de son mari que celle du tiers, et c'est sur cette présomption que les codificateurs se sont basés pour donner ce qu'ils appellent une *extension* aux dispositions statutaires que j'ai citées. Mais la cour d'appel n'a pas invoqué ce motif pas plus que ne l'avait fait la cour supérieure dont elle a confirmé le jugement, et ce n'est là qu'un des arguments que — au dire de l'arrêtiste — l'intimé invoquait au soutien de l'arrêt de la cour supérieure. La cour d'appel s'est contentée de dire que les faits de la cause constituaient une contravention à l'ordonnance (*c*).

(*a*) La cour d'appel et le conseil privé ont fait des observations sur cet arrêt, dans une cause de *Hamel* & *Panet*, 3 Q. L. R., p. 173, et 2 App. Cas., p. 121.

(*b*) Dans l'espèce, il s'agissait d'un cautionnement du mari et de la femme pour un tiers, avec une hypothèque sur un propre de la femme, cette dernière étant alors commune en biens. Le créancier poursuivait hypothécairement un tiers à qui la femme et son mari (la femme avait subséquemment au cautionnement obtenu une séparation de biens judiciaire de son mari et renoncé à la communauté) avaient donné l'immeuble en question, et la femme était intervenue dans le procès pour défendre le titre du tiers. Il est clair que la femme s'étant obligée comme commune et ayant renoncé à la communauté, aucune obligation n'existait plus contre elle ni sur ses biens personnels.

(*c*) Dans une cause de *Leclerc* v. *Ouimet*, 19 R. L., p. 78, le Juge Mathieu a de même déclaré nul l'endossement fait par une femme, conjointement avec son mari, d'un billet donné pour les affaires d'un tiers.

Ajoutons cependant que le fait que le mari aurait assumé les obligations du tiers n'affecterait pas un cautionnement antérieur que la femme aurait consenti seule en faveur de ce tiers (cour d'appel, *Mullin* & *Mullarky*, R. J. Q., 8 B. R., p. 441) ; et que rien n'empêche une femme de cautionner seule, avec l'autorisation de son mari, l'obligation d'un tiers, pourvu que ce ne soit pas pour le bénéfice de son mari (cour de revision, *Dawson* v. *Bédard*, R. J. Q., 6 C. S., p. 48.)

Quoi qu'il en soit, on paraît avoir érigé cet arrêt d'espèce en arrêt de principe, puisque nous voyons les codificateurs s'en autoriser pour donner une extension à cette loi, et décréter que la femme ne peut s'obliger *avec* ou *pour* son mari qu'en qualité de commune et que toute obligation qu'elle contracte en une autre qualité est nulle et sans effet.

Donc voilà qu'on proclame solennellement le principe que la femme ne peut, à peine de nullité, s'obliger *avec* son mari, qu'en qualité de commune. Mais ce principe n'est pas plutôt énoncé, qu'on s'efforce de le restreindre dans des limites aussi étroites que possible.

Ainsi on décide — et cela est de jurisprudence constante depuis le code — que l'engagement de la femme n'est pas nul, bien qu'elle se soit obligée *avec* son mari, s'il apparaît qu'il a pour objet ses propres affaires ou qu'elle en a tiré profit. C'est ce qui ressort des décisions de la cour d'appel dans les causes de *Malhiot & Brunelle* (15 L. C. J., p. 197) (*a*) ; de *Martel & Prince* (8 R. L., p. 138), et du jugement rendu par le conseil privé dans la cause de *La Banque d'Hochelaga & Jodoin* (H. L. and P. C., 1895, p. 612) (*b*).

Et dans les causes où la femme a été relevée de son obligation, le jugement ne repose pas sur le fait que la femme se serait obligée *avec* son mari, mais sur le motif qu'il serait constant—soit en vertu de la présomption légale dont parlent les codificateurs, soit d'après la preuve faite dans la cause — qu'elle se serait en réalité obligée pour lui, et que le mari seul aurait profité de l'obligation (*c*).

Dans la cause de *La Banque d'Hochelaga & Jodoin,* il s'agissait de billets que le mari avait d'abord endossés en son nom personnel et ensuite au nom de sa femme comme porteur d'une procuration de cette dernière. Voilà bien une obligation contractée par la femme *avec* son mari, mais la femme a été déclarée responsable des endossements par la cour supérieure

---

(*a*) La savante étude des procureurs des parties en cette cause, feu le juge en chef Dorion et feu le juge Rainville, forme l'un des monuments de notre jurisprudence sur la matière.

(*b*) Voy. aussi dans le même sens les causes suivantes : juge Monk, *Girouard* v. *Lachapelle*, 7 L. C. J., p. 289 ; juge Doherty, *Poitras* v. *Brown*, R. J. Q., 12 C. S. p. 497.

(*c*) Voy. en ce sens les causes suivantes : juge Badgley, *Shearer* v. *Compain*, 5 L. C. J., p. 47 ; juge Mathieu, *Rabeau* v. *Leroux*, 13 R. L., p. 278 ; cour de revision, *Chapdeline* v. *Vallée*, 13 R. L., p. 51, et M. L. R., 3 S. C., p. 380 ; juge Andrews, *Artisans' Permanent Building Society* v. *Lemieux*, 15 Q. L. R., p. 35.

(Pagnuelo, J., R. J. Q., 2 C. S., p. 267), et bien que ce jugement ait été infirmé par la cour d'appel (R. J. Q., 3 B. R., p. 36), il a été rétabli par le conseil privé, pour le motif que les endossements de la femme étaient pour ses propres affaires.

Il est donc acquis que la nouvelle règle de l'article 1301 n'est pas absolue, mais que s'il est démontré que la femme a profité de l'engagement qu'elle a fait avec son mari, ou si elle s'est engagée pour ses propres affaires, l'engagement sera valable.

Il y a plus. Si, malgré que la femme se soit obligée avec son mari, il appert que l'engagement de ce dernier n'a pour but que de cautionner l'engagement que la femme contracte pour ses propres affaires, il n'y aura pas violation de l'article 1301 (*a*).

Quelle est donc la portée de l'article 1301? Je crois que le mot "*avec*" a le même sens que le mot "*pour.*" On annule l'obligation que la femme contracte *avec* son mari, parce qu'on présume que l'obligation est contractée par la femme *pour* son mari. Pour cette raison, chaque fois qu'il appert que la femme a profité de l'engagement, qu'elle s'obligeait pour ses propres affaires, que son obligation était principale et celle du mari subsidiaire, les tribunaux ont jugé qu'il n'y avait pas violation de l'article 1301 (*b*).

(*a*) S'il y a communauté de biens, le cautionnement du mari est un véritable engagement personnel, la femme n'ayant pu s'engager que comme commune et le consentement du mari faisant de la dette une dette de la communauté et du mari : cour de revision, *Perrault* v. *Charlebois*, M. L. R., 6 S. C., p. 311.

(*b*) Voy. les arrêts cités *supra*, p. 186. Dans une cause récente jugée par la cour de revision à Montréal (*Dupuis* v. *McTavish*, R. J. Q., 21 C. S.), la femme avait signé un billet à l'ordre de son mari et celui-ci l'avait endossé. Le créancier ayant poursuivi le mari et la femme, cette dernière plaida que son engagement était nul comme ayant été contracté avec et pour son mari. Aucune preuve ne fut faite de ce plaidoyer et la femme fut condamnée. En révision, le tribunal fut divisé. D'après le juge Pagnuelo, qui a fait enregistrer son dissentiment, les engagements contractés par la femme avec son mari sont nuls en vertu d'une présomption légale *juris et de jure* qu'ils ont été contractés pour le mari, et partant la preuve contraire serait impossible. Le juge Langelier, qui a rendu le jugement confirmant celui de la cour supérieure, a interprété les mots "avec son mari" comme signifiant "en même temps que son mari," de sorte que l'engagement des deux devrait être simultané. Je ne partage ni l'un ni l'autre de ces avis opposés. Je ne vois dans les mots "avec son mari" de l'article 1301 aucune présomption *juris et de jure*. Au contraire, je crois que le créancier est toujours admis à prouver que l'obligation contractée par la femme apparemment avec son mari, ne l'a été que pour elle-même et ses propres affaires. Mais si réellement la femme, en s'engageant avec son mari, s'est obligée pour lui, il me paraît indifférent qu'elle ait signé le contrat en même

Les tribunaux ont admis un autre tempérament à la règle de l'article 1301, ou, pour parler plus exactement, ont précisé un cas où cette règle ne s'applique pas. La femme ne peut s'obliger pour son mari, soit, mais elle peut payer une dette de son mari (*a*), ou renoncer, en faveur d'un tiers, à un droit hypothécaire contre son mari (*b*). La raison qu'on en donne, c'est que la femme s'obligera plus facilement à payer à une date future, qu'elle ne payera ou ne renoncera actuellement. Quoi qu'il en soit de la valeur de ce motif, on peut justifier les arrêts qui ont admis ce tempérament en disant que l'article 1301 n'annule pas ces paiements ou renonciations.

Mais la femme ne peut vendre ses immeubles à réméré ni autrement engager ses biens dans le but d'emprunter des fonds pour son mari, car elle s'obligerait ainsi pour lui (*c*) ; et elle ne peut, à plus forte raison, hypothéquer ses biens personnels pour le bénéfice de son mari (*d*).

Mais remarquons que ceci ne veut pas dire que la femme non commune ne pourra pas emprunter pour elle-même avec l'autorisation de son mari (cour d'appel, *Ross & Société de construction permanente de Québec*, 12 R. L., p. 130).

On décide que la nullité de l'article 1301 est absolue et même d'ordre public et partant peut être opposée par le tiers détenteur d'un immeuble que la femme a hypothéqué au mépris de cet

---

temps que son mari, ou bien plus tôt ou plus tard. J'ai donné dans le texte mon interprétation du mot " avec ", et bien que je n'énonce que mon opinion individuelle, je crois que c'est également la doctrine consacrée par la jurisprudence et qu'elle est fondée en raison.

(*a*) Voy. en ce sens la décision de la cour d'appel dans la cause de *Bank of Toronto & Perkins*, 1 D. C. A., p. 357, et celle de la cour de revision dans la cause de *Gorrie* v *Ogilvie*, 5 L. N., p. 261. La femme ne peut cependant donner ses immeubles au créancier de son mari en paiement de la dette de ce dernier : cour de revision, *Walker* v. *Crébassa*, 9 L. C. J., p. 53 ; même cour, *Bélanger* v *Brown*, 14 L. C. J., p. 259.

(*b*) Voy. les causes citées *supra*, p. 130, note (*a*), *in fine*.

(*c*) Cour suprême, *Klock & Chamberlin*, 15 *Supreme Court Repts.*, p. 325 ; juge Langelier, *Honan* v. *Duckett*, R. J. Q., 19 C. S., p. 418. Il y a un jugement en sens contraire du juge Loranger (*De Kérauack* v. *Gauthier*, R. J. Q., 20 C. S., p. 320), mais ce jugement a été porté en appel.

(*d*) Voy. cour d'appel, *Little & Diganard*, 12 L. C. R., p. 178. Et elle ne peut pas non plus transporter ses biens meubles ou ses créances comme sûreté collatérale à un créancier de son mari : juge Tascheraau, *Martin* v. *Guyot*, M. L. R., 1 S. C., p. 181 ; juge Loranger, *Allard* v. *Boyer*, R. J. Q., 12 C. S., p. 330.

article (*a*). En plaidant cette nullité il n'est pas nécessaire de demander la nullité de l'acte dans les conclusions de la plaidoirie (cour de revision, *Phialcosky* v. *Gareau*, 34 L. C. J., p. 200).

J'ai cité, au cours de cette explication de l'article 1301, quelques arrêts, d'autres vont suivre. Cependant, avant de faire cette revue de la jurisprudence, il convient de voir si cet article comporte d'autres limitations ou exceptions que celles que j'ai précisées.

Il est de jurisprudence que l'article 1301 entraîne la nullité absolue de l'engagement de la femme et que la bonne foi du tiers ne le sauvera pas des conséquences de cette nullité (*b*).

Mais en sera-t-il ainsi alors même que la femme a délibérément commis une fraude au préjudice de ce tiers?

La jurisprudence permet de dire, même dans ce cas, que si la femme s'est obligée pour son mari, l'acte devra être regardé comme inexistant, car une fraude a également été commise à l'égard de la loi et cette loi est d'ordre public (*c*).

(*a*) *Globensky* & *Boucher*, R. J. Q., 10 B. R., 321. N'est-ce pas là aller un peu loin? Il est vrai que l'ordonnance disait que les engagements contractés par la femme pour son mari sont "absolument nuls et de nul "effet." Mais je doute que le législateur de 1841 se soit rendu bien compte de la distinction entre la nullité radicale ou absolue et la nullité relative, distinction qui n'était encore qu'ébauchée en France à cette date. On peut ajouter que le but de la loi, c'est de protéger la femme contre les obsessions de son mari. Or n'est-ce pas le caractère des lois protectrices de n'ouvrir, en faveur de la personne protégée, qu'une action en nullité et non pas de prononcer, même en faveur des tiers, une nullité radicale? Ce principe régit la rescision des actes du mineur et même de l'interdit (voy. mon tome 2, p. 283). Ce sont là des raisons de douter que j'énonce, car je reconnais que la cour d'appel a admis sans restriction le système de la nullité absolue.

(*b*) Il est vrai qu'il a été décidé dans quelques causes que cette nullité ne pouvait être prononcée qu'à condition qu'il fût prouvé que le créancier savait au moment du contrat que la femme s'engageait pour le bénéfice du mari (voy. cour d'appel, *Mailhiot* & *Brunelle*, 15 L. C. J., p. 197; juge Mathieu, *Pariseau* v. *Trudeau*, 13 R. L., p. 593; juge Mathieu, *Baxter* v. *Ross*, 19 R. L., p. 654; juge Davidson, *Kearny* v. *Gervais*, R. J. Q., 3 C. S., p. 496; mais aujourd'hui la jurisprudence est bien établie sur ce point, et la bonne foi du créancier ne peut être invoquée pour valider l'obligation de la femme, qui est absolument nulle, et cette nullité peut être opposée même au détenteur régulier d'un billet (voy., en ce sens, cour d'appel, *Ricard* & *La Banque Nationale*, R. J. Q., 3 B. R., p. 161; juge Wurtele, *Banque Nationale* v. *Guy*, M. L. R., 7 S. C., p. 144; juge Doherty, *Maclean* v. *O'Brien*, R. J. Q., 12 C. S., p. 110).

(*c*) Juge Johnson, *Rhéaume* v. *Caille*, 1 L. N., p. 340; cour d'appel, *Cossette* & *Vinet*, R. J. Q., 7 B. R., p. 512; même cour, *Globensky* & *Boucher*, R. J. Q., 10 B. R., p. 318.

Mais la femme est légalement obligée de réparer le préjudice causé par ses délits et quasi-délits, et, dans l'espèce que j'envisage, elle s'est rendue coupable d'un délit à l'égard de ce tiers.

Cette considération est décisive et il s'ensuit que la femme sera ainsi forcée de rendre d'une main ce qu'elle aura reçu de l'autre.

Je crois aussi que le fait que la femme aurait, subséquemment à un contrat fait par elle-même et pour son bénéfice, remis à son mari la chose qu'elle avait acquise en vertu de ce contrat, ne vicierait pas tel contrat, sauf à examiner si, en fait, la femme n'a pas réellement contracté pour son mari. Je crois que le tiers qui contracte avec la femme non commune devra voir à ce qu'elle ait le bénéfice de son contrat, mais ce serait évidemment aller trop loin que de décider que la validité de ce contrat sera affectée par un fait subséquent, et de plus par un fait illégal, puisque la femme aurait ainsi avantagé son mari (*a*).

Il est à peine nécessaire d'ajouter que l'obligation consentie par la femme seule et pour ses propres affaires ne tombera pas sous le coup de l'art. 1301 parce que le mari a comparu à l'acte pour autoriser sa femme, à moins qu'il n'apparaisse des circonstances qui ont accompagné le contrat que la femme s'est réellement obligée pour son mari. Nous verrons dans un instant que

---

(*a*) Un arrêt que le juge Langelier a rapporté, dans le jugement qu'il a prononcé au nom de la cour d'appel dans la cause de *Globensky & Boucher*, R. J. Q., 10 B. R., 321, montre avec quelle rigueur on applique l'article 1301. Il s'agit d'une cause de *Carrier* v. *Tardif*, non rapportée, et jugée par la cour supérieure et par la cour de revision, à Québec. La femme faisait un commerce distinct de celui de son mari dans un magasin qu'elle avait loué et qui portait son nom comme enseigne. Elle avait acheté des marchandises en son propre nom et les avait fait expédier à son magasin, mais elle avait ensuite envoyé ces marchandises au magasin de son mari. L'enquête ayant fait voir que la femme avait acheté les marchandises à la demande de son mari et pour lui, l'obligation de la femme fut déclarée nulle. Il me semble que cette décision va trop loin. Ici le contrat avait été fait au nom de la femme seule. Il est vrai que celle-ci avait acheté les marchandises à la demande de son mari et pour lui, mais rien de tel ne paraissait au contrat, et le créancier avait expédié les marchandises à la femme seule. L'entente qu'elle a pu avoir avec son mari, et son intention restée secrète de faire bénéficier son mari de l'achat qu'elle avait fait, ne devraient pas affecter la validité d'un contrat fait par elle seule et dont son créancier lui avait donné tout le bénéfice. Autrement ce serait accorder une prime à la fraude.

Il me semble qu'il est grandement temps de réagir contre l'exagération dans l'interprétation de l'article 1301 ; en effet, loin de protéger la femme séparée de biens, on lui enlève tout crédit quelconque, car, si on peut opposer au créancier l'intention secrète de la femme, il est clair que personne ne voudra traiter avec elle. Voy. du reste ma note (*a*) ci-dessus, p. 189.

le seul fait d'autorisation de la femme par le mari ne constitue pas celui-ci débiteur personnel, et puisqu'il n'est pas débiteur personnel, la femme ne s'est pas engagée avec lui.

Enfin, il ne faut pas oublier que la femme commune en biens peut s'obliger pour ou avec son mari, mais n'étant obligée que comme commune, elle ne le sera nullement si elle renonce à la communauté, et ne devra que la moitié de la dette si elle accepte, pourvu que cette moitié ne dépasse pas son émolument (art. 1370, 1374) (*a*). Donc la nullité de l'article 1301 ne s'applique qu'à la femme non commune.

Nous allons maintenant faire une courte revue de la jurisprudence en cette matière.

Si l'obligation contractée par la femme en son nom personnel a été contractée pour le bénéfice de son mari ou pour les affaires de ce dernier, la femme sera déchargée: cour de revision, *Walker* v. *Crébassa,* 9 L. C. J., p. 53; juge Sicotte, *Société de construction de St-Hyacinthe* v. *Brunelle,* 1 R. L., p. 557; juge Mathieu, *Pariseau* v. *Trudeau,* 13 R. L., p. 593; même juge, *Baxter* v. *Ross,* 19 R. L., p. 654; juge Taschereau, *Thibaudeau* v. *Burke,* 20 R. L., p. 85; cour de revision, *Phialcosky* v. *Gareau,* 34 L. C. J., p. 200; juge Wurtele, *Banque Nationale* v. *Guy,* M. L. R., 7 S. C., p. 144; juge Doherty, *Maclean* v. *O'Brien,* R. J. Q., 12 C. S., p. 110; cour d'appel, *Ricard & La Banque Nationale,* R. J. Q., 3 B. R., p. 161; juge Langelier, *Honan* v. *Duckett,* R. J. Q., 19 C. S., p. 418.

Mais sur qui repose le poids de la preuve? Incombe-t-il à la femme de prouver qu'elle s'est obligée pour les affaires de son mari, ou le créancier de l'obligation doit-il établir de prime abord que la femme en a profité? C'est au créancier qu'il incombe de prouver que l'obligation a été contractée pour les affaires de la femme: cour d'appel, *Mailhiot & Brunelle,* 15 L. C.

(*a*) La présence de la femme commune au contrat n'ajoute rien à l'obligation que le mari contracte pour la communauté: cour d'appel, *Lecours & Jobidon,* 18 R. L., p. 95.—Le jugement de séparation de biens dûment exécuté libère la femme de l'obligation qu'elle a aussi contractée comme commune avec ou pour son mari (juge Berthelot, *Byrnes* v. *Trudeau,* 14 L. C. R., p. 17, et juge Badgley, *Plessis* v. *Dubé,* 9 L. C. J., p. 76), et malgré qu'elle ait accepté la communauté, elle ne peut, après cette dissolution judiciaire, s'obliger pour une dette de la communauté, car une telle obligation serait en réalité contractée pour son mari qui est tenu envers le créancier du paiement entier de telle dette pour laquelle la femme n'est tenue que pour sa moitié et seulement alors jusqu'à concurrence de son émolument (juge Taschereau, *Bastien* v. *Filiatrault,* R. J. Q., 15 C. S., p. 445; ce jugement a été confirmé par la cour de revision, 6 R. de J., p. 13, et par la cour suprême, 31 *Supreme Court Repts.* p. 129).

J., p. 197; même cour, *Martel & Prince,* 8 R. L., p. 138; juge Mathieu, *Rabeau* v. *Leroux,* 13 R. L., p. 378; juge Andrews, *Artisans' Permanent Building Society* v. *Lemieux,* 15 Q. L. R., p. 35; cour d'appel, *Union Bank & Gagnon,* 15 Q. L. R., p. 31, et 17 R. L., p. 118.

Lorsque la femme a acquitté une obligation qu'elle a contractée pour son mari, peut-elle répéter ce qu'elle a ainsi payé pour lui? La cour d'appel dans la cause de *Buckley & Brunelle,* 21 L. C. J., p. 133, a décidé qu'elle le pouvait.

Nous verrons plus loin que la femme séparée de biens peut être tenue au paiement des choses nécessaires à la vie de la famille, lorsque ces choses sont achetées par elle. Le billet qu'elle signerait avec son mari en pareil cas en faveur du créancier serait valable (juge Badgley, *Cholet* v. *Duplessis,* 6 L. C. J., p. 81). Mais si ces choses nécessaires à la vie ont été vendues et chargées au mari, la femme ne peut s'obliger avec lui à les payer (cour d'appel, *Bruneau & Barnes,* 25 L. C. J., p. 245, et 3 L. N., p. 301).

6° *Le mari devient-il débiteur personnel des dettes que la femme contracte avec son autorisation?* Nous avons vu à l'article 1280, § 2, que la communauté se compose passivement " des " dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées " par le mari pendant la communauté, ou par la femme du con- " sentement du mari, sauf récompense dans les cas où elle a " lieu. " Et l'article 1290 ajoute que " les créanciers peuvent " poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées " avec le consentement du mari, tant sur les biens de la commu- " nauté que sur ceux du mari ou de la femme; sauf la récom- " pense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari." Ces textes sont identiquement les mêmes que ceux des articles 1409 et 1419 du code Napoléon et l'on se demande, en France, aujourd'hui surtout, s'ils rendent le mari débiteur personnel des dettes que sa femme contracte avec son autorisation. Il n'est pas douteux que le créancier peut poursuivre le paiement de ces dettes sur les biens de la communauté et sur ceux du mari, puisque la loi le dit formellement, mais il reste à savoir si, par son autorisation, le mari se rend personnellement obligé, de telle sorte que même après la dissolution de la communauté on peut le contraindre à payer ces dettes (*a*).

(*a*) La cour de revision (*Childs* v. *Libby*, R. J. Q., 1 C. S., p. 153), a jugé que si la femme commune en biens acquiert un immeuble, pendant le mariage, avec l'autorisation de son mari, cet immeuble tombe dans la communauté, et que l'obligation de la femme de payer le prix de cet

Pendant trois quarts de siècle après la confection du code Napoléon, on a été presque unanime à enseigner que le mari s'obligeait personnellemnet par l'autorisation qu'il donnait à sa femme. Mais on commence à revenir sur cette question et à ne me paraît que saine raison, car nulle part il n'est dit que le mari devient débiteur personnel par le seul fait de son autorisation. Un tel résultat serait contraire au principe *qui auctor est non se obligat.* Il est vrai que la dette ainsi contractée par la femme entrera dans le passif de la communauté, mais la raison en est qu'avec l'autorisation du mari la femme peut engager les biens de la communauté par les dettes qu'elle contracte (*a*). Il est encore vrai que les créanciers peuvent en ce cas poursuivre le paiement de leurs dettes tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari (art. 1290), mais il n'en est ainsi que parce que la dette de la femme est tombée dans le passif de la communauté et que durant le mariage les biens du mari sont confondus avec ceux de la communauté. Il faut donc conclure que le mari ne s'oblige pas personnellement par le seul fait qu'il autorise sa femme à contracter et qu'à la dissolution de la communauté le mari ne pourra être recherché que comme ayant été commun en biens, c'est-à-dire pour la moitié de la dette (voy. l'art. 1372), si, bien entendu, cette dette est divisible (*b*).

Mais le mari peut s'obliger personnellement pour les affaires propres de sa femme et alors, outre que la communauté est tenue

---

immeuble est aussi à la charge de la communauté et du mari ; et qu'après la dissolution de la communauté et la renonciation de la femme, le mari reste seul chargé de payer le prix de l'immeuble. La même cour a aussi jugé (*Perrault* v. *Charlebois*, M. L. R., 6 S. C., p. 311), qu'une dette contractée par la femme, du consentement de son mari, devient dette de la communauté et du mari, et que le mari seul peut être poursuivi pour une telle dette de la communauté pendant sa durée (voy. dans le même sens *Frigon* v. *Côté*, 1 Q. L. R., p. 152, Polette, J.) En effet, lorsque la femme commune en biens contracte, elle le fait comme mandataire de la communauté, juge Archibald, *Nordheimer* v. *Farrell*, R. J. Q., 12 C. S., p. 150.) Cependant, le juge J.-T. Taschereau a décidé, dans une cause de *Langevin* v. *Galarneau*, 2 R. C., p. 237, que si la femme s'est engagée conjointement avec son mari, elle peut être poursuivie pendant la communauté. Et la cour d'appel, *Ouimet & Benoit*, R. J. Q., 1 B. R., p. 424 du rapport, a exprimé l'opinion qu'un jugement pouvait être obtenu contre la femme pendant la communauté pour une dette contractée conjointement avec son mari, ou seule, avec son autorisation, pour ses affaires propres.

(*a*) Pothier, *Puissance du mari*, Ed. Bugnet, t. 7, n° 78.

(*b*) *Sic.*, Laurent, t. 22, n° 70 ; Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. 1er, nos 585 et suivants ; Huc, t. 9, nos 147 et suiv. *Contra* Guillouard, *Contrat de mariage*, t. 2, n° 845. Je ne fais qu'indiquer cette solution ; on trouvera les développements aux auteurs auxquels je renvoie.

de la dette, le mari lui-même en devient le débiteur personnel et la dissolution de la communauté n'affectera pas son obligation. C'est cette situation qu'envisage l'article 1302, qui pose la règle inverse de l'article 1301. Cet article est en ces termes:

1302. " Le mari qui s'oblige pour les affaires propres de sa " femme a, sur les biens de cette dernière, un recours pour se " faire indemniser de ce qu'il est appelé à payer par suite des " obligations qu'il a ainsi contractées. "

Cet article correspond à l'article 1432 du code Napoléon qui pose, pour un cas particulier, une règle analogue. Il porte que " le mari qui garantit solidairement ou autrement la vente que la femme a faite d'un immeuble personnel, a pareillement (*a*) un recours contre elle, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété. "

Les codificateurs ont trouvé cette disposition trop restreinte, puisque, disent-ils, ce recours du mari ne se borne pas à ce cas seulement, mais s'étend à tous ceux où il s'est obligé pour l'avantage exclusif de la femme. Et ils ajoutent que notre article 1302 n'a rien de contraire à l'ancienne jurisprudence. Il est clair que le cas particulier de l'article 1432 du code Napoléon est compris dans la règle plus générale de notre article 1302.

Le mari peut s'obliger pour les affaires propres de sa femme, soit solidairement avec celle-ci, soit conjointement seulement. Au premier cas il est débiteur personnellement de toute la dette, au second il n'en devra que la moitié, sauf son recours contre sa femme dans les deux cas, son obligation constituant réellement un cautionnement à l'égard de celle-ci (*b*).

Mais supposons l'obligation seulement conjointe du mari. Il est certain que toute la dette tombera dans la communauté et que le créancier—comme dans le cas de la dette contractée par la femme avec l'autorisation de son mari—pourra en poursuivre le paiement sur les biens de la communauté ou sur ceux du mari (art. 1290). Mais, après la dissolution de la communauté, le créancier pourra-t-il réclamer du mari toute cette dette que je suppose divisible? Il est certain que le mari devra la moitié de la dette, cette moitié constituant son obligation personnelle.

(*a*) L'article 1432 se réfère à l'article 1431 qui règle le cas où la femme s'est obligée solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari.

(*b*) Dans une cause de *Ouimet & Benoît*, R. J. Q., 1 B. R., p. 421, la cour d'appel a condamné le mari et la femme conjointement et solidairement, bien qu'il ne fût pas exprimé dans l'acte que le mari s'engageât ainsi avec sa femme.

Quant à l'autre moitié, il la doit comme ayant été commun en biens avec sa femme, et partant le créancier pourra le forcer de payer la moitié de cette moitié, par application du principe que j'ai énoncé plus haut quant aux dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari (*a*). Cependant comme cette dette n'est pas la sienne, il pourra s'en faire indemniser par les héritiers de sa femme.

Je crois que le mari qui paie une dette de cette nature n'est pas obligé d'attendre la dissolution de la communauté pour se faire indemniser par sa femme. Il pourrait donc la poursuivre avant cette dissolution et elle pourrait le payer.

Je vais maintenant signaler quelques exceptions aux règles que j'ai posées.

Exception à la règle que la communauté est tenue des dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari. Je ne connais qu'une exception à cette règle dans notre droit (*b*).

Cette exception résulte de l'article 1284 qui se lit comme suit:

1284. " Si une succession purement immobilière est échue à " la femme, et que celle-ci l'ait acceptée du consentement de son " mari, les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur tous " les biens de la femme; mais si la succession n'a été acceptée par " la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, les " créanciers, en cas d'insuffisance des biens de la succession, ne " peuvent se pourvoir sur les autres biens de la femme avant " la dissolution de la communauté " (*c*).

Cet article prévoit deux hypothèses:

1° Le mari a autorisé l'acceptation de la succession par sa femme;

2° Il lui a refusé son autorisation, mais la femme a obtenu celle de la justice.

Au premier cas, le mari a implicitement consenti que la communauté, qui doit profiter des revenus de la succession si elle est avantageuse, perde non seulement ces revenus mais même

---

(*a*) *Supra*, p. 193. Voy. aussi l'art. 1372.

(*b*) On en signale communément deux dans le droit français moderne. Voy. *infra*, p. 197, note (*b*).

(*c*) Cet article ne diffère de l'article 1413 du code Napoléon qu'en ce que ce dernier article permet au créancier, lorsque la succession a été acceptée par la femme comme autorisée en justice au refus du mari, et que les biens de la succession sont insuffisants pour les payer, de se pourvoir sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme.

Dans notre droit, les créanciers n'ont même pas ce recours, et doivent attendre la dissolution de la communauté.

ceux des biens personnels de sa femme si le passif de la succession en dépasse l'actif. Le législateur n'a pas cru devoir aller plus loin et rendre les biens du mari ou de la communauté responsables des dettes de la succession, car les créanciers, qui ont traité avec le défunt, n'ont pas dû compter sur un recours contre d'autres que les héritiers de celui-ci, et d'ailleurs on ne peut dire que la dette elle-même a été contractée par la femme avec l'autorisation de son mari; elle n'a été qu'assumée par elle.

Au second cas, le mari ayant refusé l'autorisation à sa femme, le législateur n'a pas permis que l'acceptation autorisée par la justice nuise au mari; partant les créanciers conservent leur recours contre les biens héréditaires, mais en cas d'insuffisance, ils doivent attendre la dissolution de la communauté pour se pourvoir sur les biens personnels de la femme. Il est clair, cependant, qu'ils peuvent prendre jugement contre la femme, mais tant que durera la communauté leur droit d'exécution se bornera aux biens de la succession (*a*).

Mais les hypothèses que prévoit notre article ne sont pas les seules qui peuvent se présenter. Il se peut, en effet, que le mari soit absent, ou simplement non présent, ou bien qu'il soit interdit. Dans l'un et l'autre cas il n'a pas refusé à sa femme l'autorisation requise, mais celle-ci a obtenu l'autorisation de la justice. Dans ce cas, la femme qui accepte la succession avec l'autorisation de la justice, comme elle peut le faire sous l'article 180, engagera-t-elle immédiatement ses biens personnels et ceux de la communauté, malgré qu'elle n'ait pas été autorisée en justice au refus du mari?

Je crois que la négative s'impose. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une exception et que les exceptions sont d'interprétation restrictive. D'ailleurs, aux termes de la première partie de l'article 1284, ce n'est que lorsque la femme a accepté la succession "du consentement du mari" que les créanciers ont un recours contre les biens personnels de la femme. La règle générale que les dettes contractées par la femme avec l'autorisation de la justice ne peuvent se poursuivre sur les biens du mari ou de la communauté, ni même sur ceux de la femme (art. 1290, argument *a contrario*), — s'appliquera donc dans ce cas, et la com-

---

(*a*) Lorsqu'il s'agit de dettes contractées par la femme avec la seule autorisation de la justice, les biens de la communauté sont engagés jusqu'à concurrence de ce qu'elle en a profité (art. 1296). Il est évident que la communauté perd également son bénéfice dans le cas qui nous occupe et peut être forcée d'en rendre compte, puisque les créanciers peuvent se pourvoir sur tous les biens de la succession.

munauté ne pourra être forcée de rendre compte que du profit qu'elle a réalisé par suite de l'acceptation de la femme (art. 1296).

La règle de l'art. 1284 s'applique au cas d'une donation immobilière faite à la femme et acceptée par celle-ci, soit avec l'autorisation de son mari, soit avec celle de la justice (*a*).

Comme je l'ai dit, l'article 1284 énonce la seule exception à la règle que la communauté est tenue des dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari (*b*).]]

Exceptions au principe que la femme autorisée de justice s'oblige seule.—La femme peut, avec la seule autorisation de justice, obliger la communauté et son mari, en même temps qu'elle s'oblige elle-même (ou aliéner les biens communs, car le motif est le même) : 1° pour tirer le mari de prison, quand il est retenu pour dettes; 2° pour établir les enfants communs, lorsqu'il est présumé ou déclaré absent. [[C'est ce qui résulte *a contrario* de l'article 1297, lequel s'exprime dans les termes suivants:

1297. " La femme ne peut s'obliger, ni engager les biens de la " communauté, même pour tirer son mari de prison ou pour l'é- " tablissement de leurs enfants communs en cas d'absence du " mari, sans y être autorisée par justice (*c*).]]

(*a*) C'est la disposition de l'article 1289 qui dit que " les règles établies " par les articles 1282 et suivants régissent les dettes dépendant d'une " donation comme celles résultant d'une succession "

(*b*) On en signale une autre dans le droit français moderne. Cette exception se déduit *a contrario* de la disposition de l'article 1432 du code Napoléon que j'ai citée *supra*, p. 194. On en conclut que puisque le mari qui garantit solidairement ou autrement la vente que la femme a faite d'un immeuble personnel, est tenu personnellement de cette obligation, il ne serait nullement tenu au cas où il ne serait intervenu à l'acte que pour autoriser sa femme à vendre.

J'ai dit plus haut que l'espèce que prévoit l'article 1432 du code Napoléon est comprise dans la règle plus générale de notre article 1302, aux termes de laquelle le mari qui s'oblige pour les affaires propres de sa femme a, sur les biens de cette dernière, un recours pour se faire indemniser de ce qu'il est appelé à payer par suite des obligations qu'il a ainsi contractées. Comme j'ai décidé que le mari ne devient pas débiteur personnel des dettes que la femme a contractées avec son autorisation, quoique le paiement de ces dettes puisse se poursuivre sur les biens de la communauté, je n'ai pas à m'occuper de tirer la conséquence qui résulte *a contrario* des termes de l'article 1302 et qui confirme la solution que j'ai cru devoir adopter. Je crois donc que, même dans l'espèce de l'article 1432 C. N., la communauté sera débitrice de l'obligation de garantie que la femme aura contractée avec le consentement du mari, la règle de nos articles 1280 et 1290 restant invariable.

(*c*) Cet article reproduit en substance l'article 1427 du code Napoléon, et est indiqué comme étant de droit nouveau. L'ancienne jurisprudence dispensait la femme d'avoir recours à l'autorisation judiciaire, dans les cas spécifiés, lorsqu'elle ne pouvait se procurer celle du mari.

Cette double dérogation au principe est fort sage. Dans le premier cas, c'est le mari lui-même qui profite de l'aliénation ou de l'emprunt. Dans le second, les biens vont là où ils sont naturellement destinés à aller, aux enfants communs.

On fait cependant, sur le premier cas, une objection. Si le mari est en prison, il peut aliéner lui-même les biens de la communauté ou autoriser sa femme à contracter un emprunt. L'autorisation de la justice n'est donc pas indispensable ! — On répond, que, peut-être, le mari, désirant soit conserver les biens qu'il tient cachés afin de les soustraire à l'action de ses créanciers, soit ne pas compromettre le patrimoine de sa femme, persiste à rester en prison : dans ce cas, la femme triomphe de cette résistance en se faisant autoriser de justice.

La femme peut-elle, avec l'autorisation de justice, en l'absence de son mari, obliger son mari, dans d'autres cas que ceux qui sont prévus dans l'article 1297 ?

[[On a prétendu que oui, dans le droit français moderne, en argumentant du mot " même, " car, dit-on, le texte dit que même dans les cas favorables qu'il cite, il faut à la femme l'autorisation de la justice pour engager les biens de la communauté, ce qui fait voir qu'elle pourra, avec cette autorisation, obliger la communauté chaque fois que cela est nécessaire à l'administration et à la conservation des biens (*a*). Je crois, cependant, que l'article 1297, comportant une exception, doit recevoir l'interprétation restrictive (*b*). D'ailleurs sa rédaction est si défectueuse qu'on ne saurait donner tant de portée aux expressions qui s'y trouvent. Ainsi, pris au pied de la lettre, il conduirait au résultat absurde que, même avec l'autorisation de son mari, la femme ne pourrait engager les biens de la communauté dans les cas énumérés, puisqu'il n'y est question que de l'autorisation de la justice. Je crois que la femme ne pourra, sauf dans ces cas exceptionnels, engager la communauté en contractant en son nom, mais j'admettrais bien qu'elle l'engage par l'effet du quasi-contrat de gestion d'affaires, lorsqu'elle en a utilement mais irrégulièrement administré les biens ou veillé à leur conservation.]]

(*a*) Le juge Bélanger, dans une cause de *Demers* v. *Foubert*, 6 R. L., p. 98, a décidé que la femme commune en biens ne pouvait être autorisée en justice à retirer des deniers provenant de la vente de meubles qui appartenaient à la communauté ou qui lui étaient réservés propres par son contrat de mariage ; et le juge Gagné, dans une cause de *Simard* v. *Labbé*, 2 R. de J., p. 169, a décidé qu'elle ne pouvait être autorisée en justice à aliéner ses propres, mais qu'elle pouvait, suivant les circonstances, être autorisée à aliéner la nue propriété de ses propres.

(*b*) Comp. Laurent, t. 22, n° 84 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 125.

L'article 1296 présente comme une exception au principe que la femme qui contracte, sans le consentement de son mari, n'oblige pas la communauté, le cas où elle s'oblige *en qualité de marchande publique.* Mais cette hypothèse rentre dans l'application de la règle. En effet, la femme ne pouvant pas faire le commerce sans l'autorisation de son mari (art. 179), toute obligation qui a pour cause un fait de commerce a été en réalité contractée par elle avec l'autorisation de son mari. — Mais l'article 1296 est une exception au principe que le mari ne peut pas à l'avance et *d'une manière générale* autoriser sa femme à faire les actes qu'elle jugera à propos de faire. L'autorisation générale ne peut être donnée que relativement à l'administration des biens (art. 181).

On s'est demandé si le femme qui fait le commerce doit être réputée, quand elle contracte, obligée comme commerçante.

S'il s'agit d'actes dont la nature est commerciale, comme une lettre de change, un achat de marchandises destinées à être revendues, il ne peut y avoir aucune difficulté: l'acte est commercial.

De même, à l'inverse, si elle fait une donation, si elle accepte une succession, aucun doute n'est possible: l'acte est civil.

Mais que décider dans le cas où les actes qu'elle a passés sans autorisation spéciale n'indiquent point, par leur nature même, dans quel but ils ont été faits? Ainsi, par exemple, si elle emprunte une somme d'argent et que l'acte d'emprunt soit dressé dans la forme authentique ou dans la forme ordinaire des actes sous seing privé, devra-t-on présumer qu'elle a contracté *pour les besoins de son commerce,* ou devra-t-on admettre la présomption contraire? En d'autres termes, si plus tard elle demande la nullité de cet emprunt, sera-ce à elle à établir qu'elle l'a fait dans un but étranger à son commerce, ou sera-ce à son adversaire à établir qu'il s'y rapporte?

On doit, je crois, décider que tous les actes passés par la femme mariée marchande publique sont, jusqu'à preuve contraire, réputés étrangers à son commerce, toutes les fois que leur propre nature ne révèle point nécessairement leur caractère commercial.

La femme mariée, quoique marchande publique, est, en principe, incapable. Son incapacité est le *droit commun,* quant à elle. Ce n'est, en effet, que *relativement à certains actes,* concernant, son commerce, qu'elle est capable. La *capacité* constitue donc pour elle une *exception.*

Lorsqu'on se demande s'il faut appliquer le *droit commun* ou au contraire l'*exception,* il n'y a pas à prouver qu'on est dans le cas de la règle, mais bien qu'on est dans le cas de l'*exception.*

Or, la femme marchande publique qui demande la nullité d'un acte en se fondant sur son incapacité se place dans le *droit commun*. Elle n'a donc pas besoin de prouver la non-commercialité de l'acte. Sa preuve est toute faite : elle est écrite dans la loi même, dans l'article 177.

Son adversaire, en soutenant qu'elle était *capable* de faire l'acte dont elle demande la nullité, invoque une *exception:* dès lors c'est à lui à faire la preuve.

[[Ainsi celui qui poursuit une femme sur un bail qu'elle a signé, devra, à défaut de l'autorisation du mari, alléguer et prouver qu'elle était marchande publique lorsqu'elle l'a signé, et qu'elle l'a signé pour les fins de son commerce: juge Tait, *Joseph* v. *Macdonald*, R. J. Q., 11 C. S., p. 406. Le même juge, dans la même cause, a décidé que le fait de sous-louer des chambres n'était pas un acte de commerce, et que la femme qui sous-loue ainsi une partie des lieux loués est présumée agir pour son mari et pour la communauté.

Si la femme assume les fonctions de marchande publique sans la connaissance ou le consentement de son mari, ni ce dernier ni la communauté ne pourront être recherchés pour les obligations contractées par elle à raison de ce commerce: juge Loranger, *Metropolitan Manufacturing Co* v. *Langridge*, 34 L. C. J., p. 231; juge Doherty, *McFarlane* v. *Leggo*, R. J. Q., 6 C. S., p. 309; cour de revision, *Sheridan* v. *Hunter*, R. J. Q., 6 C. S., p. 258. Mais le consentement et l'autorisation du mari pourraient être présumés de son silence: juge Archibald, *Shorey* v. *Radford*, 5 R. de J., p. 42. Et si le mari retire son autorisation il doit en donner avis à ceux qui font commerce avec sa femme: cour de revision, *May* v. *Cochrane*, 20 R. L., p. 410.

Une question qui pourrait se présenter serait celle de savoir si la femme commune en biens qui fait le commerce s'engage personnellement, ou si elle n'engage que la communauté à l'égard des créanciers. Le juge Jetté, dans la cause de *Bourgouin* v. *Roy*, M. L. R., 3 C. S., p. 168, a décidé qu'elle ne s'engageait pas personnellement mais seulement comme commune. Mais dans les causes suivantes on a décidé que les créanciers pouvaient exercer leur recours contre la femme: juge Mousseau, *Perrier* v. *Quinn*, 8 L. N., p. 19; juge Doherty, *Inglis* v. *O'Connor*, R. J. Q., 4 C. S., p. 88 (*a*); même juge, *Renaud* v. *Brown*, R. J. Q., 12 C. S., p. 237; juge Archibald, *Shorey* v. *Radford*, 5 R. de J., p. 42. J'ajoute cependant qu'après la dissolution de la commu-

---

(*a*) Voy. même cause en appel, 21 R. L., p. 315, et M. L. R., 7 Q. B., p. 218.

nauté la femme peut, en renonçant à la communauté, se faire indemniser par son mari ou sa succession, de ce qu'elle est forcée de payer aux créanciers.

Enfin, un homme qui cohabiterait avec une femme pendant plusieurs années, bien que non marié avec elle, et qui la traiterait de toutes façons aux yeux du monde comme son épouse légitime, encourrait les mêmes obligations qu'un mari commun en biens dans le cas où cette femme ferait le commerce comme marchande publique, et, même après le décès de la femme, il serait tenu des obligations contractées par elle pour les fins de son commerce: cour d'appel, *Morgan & Gauvreau*, 2 L. C. L. J., p. 248.]]

Nous venons de voir quelles sont les dettes qui, ayant pris naissance pendant le mariage, tombent dant la communauté *à l'égard des créanciers:*

Viennent-elles du mari: quel que soit le fait d'où elles sont nées, la communauté en est tenue;

Viennent-elles de la femme: celles-là seulement y tombent qu'elle a contractées avec l'autorisation de son mari, ou avec l'autorisation de la justice, dans les cas exceptionnels prévus par l'article 1297.

Reste un point à examiner. A quels signes reconnaîtrons-nous les dettes qui obligent la communauté absolument et *sans récompense* de celles dont elle n'est tenue que *sauf son recours contre l'époux débiteur?*

Quant aux dettes dont elle est tenue du chef de la femme, la règle est bien simple: récompense lui est due, toutes les fois que la dette n'est point *relative aux biens communs,* ou ce qui revient au même, dans tous les cas où la dette a eu pour cause, soit *l'acquisition, la conservation, l'amélioration ou le recouvrement d'un bien qui figure parmi les propres de la femme* (voy. *supra*, p. 176), soit *l'extinction d'une dette qui lui est personnelle.* Ainsi, lorsqu'une femme, étant autorisée de son mari, emprunte une somme d'argent pour payer une dette qui lui est personnelle, telle qu'une dette née d'un délit qu'elle a commis pendant le mariage, lorsqu'elle fait un marché avec des ouvriers pour la réparation d'un bien qui lui est propre, ou enfin lorsqu'elle plaide pour le recouvrer, les dettes qu'elle contracte dans ces différents cas tombent bien dans la communauté, puisqu'elle les contracte avec l'autorisation de son mari; mais elles n'y tombent qu'à charge de récompense, puisqu'elles ont pour cause, non pas l'intérêt commun, mais le sien propre (*a*).

(*a*) Dans la cause de *Gadoua* v. *Pigeon*, 16 R. L., p. 548, la cour de revision a jugé que la femme commune en biens qui poursuit, avec l'auorisation de son mari, la revendication d'un immeuble, qu'elle prétend

En ce qui touche les dettes du mari, on convient qu'il doit récompense à la communauté pour les dettes qu'il a contractées *dans son intérêt personnel* (art. 1278, 1279, 1283, 1304);

[[Mais il peut y avoir controverse quant aux condamnations pécuniaires encourues par le mari pour crime ou délit.]]

Premier système. — Toutes les dettes nées des [[crimes et]] délits du mari obligent la communauté; mais elles ne l'obligent que sauf récompense, tant pour les dommages et intérêts que pour les amendes qu'elle a payés à sa décharge.

Le pouvoir dont le mari est investi, et en vertu duquel il peut obliger la communauté, non seulement pour la part qu'il y a, mais encore pour la part de sa femme, n'a et ne peut avoir d'autre fondement que le mandat qu'il est censé avoir reçu de sa femme. En l'acceptant pour époux, elle est réputée lui dire: " J'associe mes biens aux vôtres; et, comme c'est vous qui avez l'autorité, c'est vous qui gérerez l'association de nos intérêts. Votre autorité ne serait pas ce qu'elle doit être si vos pouvoirs sur les biens étaient limités et entravés comme ceux d'un administrateur ordinaire. Agissez donc avec la plus grande liberté, gérez comme si le patrimoine dont je vous confie l'administration n'appartenait qu'à vous seul. Vos affections vous portent à faire des libéralités, je veux être associée à vos affections; si vous êtes prodigue et dissipateur, j'accepte vos prodigalités et pardonne vos folies. A l'exception des libéralités [[que vous feriez en faveur de personnes incapables, ou avec fraude (art. 1292), et]] des libéralités mobilières et immobilières faites par testament (art. 1293), j'accepte et ratifie d'avance tous les actes d'administration, et même de disposition que vous pourrez faire. " Voilà le droit du mari: il est aussi large que possible. Mais, si étendu qu'il soit, il a pourtant ses limites. Ainsi, le mari qui commet un délit ou un quasi-délit agit en dehors de ses pouvoirs: car un mandat, si large et absolu qu'on le suppose dans ses termes, ne comporte pas le pouvoir d'obliger le mandant en délinquant. Personne ne peut, en effet, se charger à l'avance,

---

lui appartenir en propre, et dont l'action est déboutée avec dépens, n'oblige pas la communauté pour les frais de poursuite auxquels elle est condamnée, et que dans tous les cas ce jugement ne peut être exécuté sur les biens de la communauté sans une poursuite dirigée contre le mari, qui n'était en cause qne pour autoriser son épouse. J'ajoute que l'action instituée contre le mari comme chef de la communauté pour le faire condamner personnellement, ne pourrait invoquer ce jugement que comme preuve de la dette et qu'on ne pourrait pas demander tout simplement que ce jugement soit déclaré exécutoire contre le mari (voy. cour d'appel, *Berthelot & Turcotte*, 6 L. C. R., p. 152).

par mandat ou autrement, des conséquences pécuniaires des délits ou quasi-délits qu'une autre personne pourra commettre. Une pareille convention serait contraire à l'ordre public, et, comme telle, frappée d'une nullité radicale.

Les obligations nées des [[crimes et]] délits ou quasi-délits du mari doivent donc rester exclusivement à sa charge. Le paiement peut, sans doute, en être poursuivi sur les biens de la communauté (art. 1294) : car, tant qu'elle dure, les biens communs et les biens propres du mari ne forment, à l'égard des tiers, qu'un seul et même patrimoine (voy. *suprà*, p. 172, 178). Mais, si elle peut être contrainte de payer, ce n'est, bien entendu, que sauf son recours contre le mari, qui, en définitive, doit rester seul chargé des conséquences de ses fautes.

[[Il est vrai que l'article 1294 ne parle pas de récompense due à la communauté par le mari dans le cas de condamnations pécuniaires encourues par lui pour crime au délit. Mais ne serait-ce point blesser toutes les règles de l'équité et de la justice que de partager entre deux associés la responsabilité pénale ou civile des délits personnels à l'un d'eux? N'est-il pas vrai, en effet, qu'en ce qui touche la femme, les amendes et les réparations civiles nées des délits de son mari seraient, quant à elle, une véritable peine? que l'équité et la justice seraient égalemnet blessées si on faisait peser sur elle la solidarité d'un méfait auquel elle n'a pris aucune part? Dès lors, où serait la raison de la charger des amendes et de la rendre responsable des réparations civiles (*a*) (1) ?]]

(*a*) L'article 1424 du code Napoléon, correspondant à notre article 1294, ne parle que des *amendes* encourues pour crime n'emportant pas mort civile, et reste muet sur le point de la réparation civile résultant de délits ou quasi-délits, mais il impose récompense au mari dans les cas d'amendes encourues par lui. Notre article 1294 se sert des mots "*condamnations pécuniaires encourues pour crime ou délit*," dont le sens est beaucoup plus large, mais il ne parle pas de récompense due par le mari.

(1) MM. Dur., t. 14, n° 298 ; Bug. *sur Poth.*, p. 150; Rodière et Pont, t. 1er, n° 632 ; Marc., sur l'art. 1424 ; M. Laurent, t. 22, nos 58 et 59.— Toutefois, et à supposer ce système admis, il faut, quant aux *quasi-délits*, faire une distinction.

Si le mari commet, en administrant les biens communs, quelque faute dommageable à un tiers, l'obligation de réparer le dommage causé doit être payée par la communauté sans récompense. Ainsi, par exemple, s'il a de bonne foi loué à quelqu'un un cheval morveux et que le locataire ait éprouvé quelque préjudice par suite de la maladie contagieuse dont était atteint le cheval qui lui a été livré, la réparation de ce préjudice doit rester à la charge définitive de la communauté. Ces fautes sont, en effet, comme une suite inséparable de toute administration : les hommes les plus sages et les plus expérimentés y sont eux-mêmes

Deuxième système. — [[Ce deuxième système, que je crois devoir adopter pour les motifs exposés ci-après, enseigne que *la communauté est tenue, sans récompense, des dettes nées des crimes et délits du mari.*]]

L'ancien droit coutumier accordait au mari une souveraineté absolue sur la communauté. Le mari en était le *maître* et *seigneur;* à tel point qu'il pouvait, sans qu'il eût aucun compte à rendre, dilapider les biens, les perdre et les dissiper en de folles prodigalités. On admettait seulement, et c'était la seule limite apportée à son pouvoir, qu'*il ne pouvait pas s'enrichir aux dépens de la communauté,* et qu'ainsi il lui devait récompense pour les dettes qui, ayant été contractées dans son propre intérêt, avaient tourné à son profit personnel. Mais, sauf cette restriction, il n'avait aucun compte à rendre à la femme, aucun dédommagement à lui accorder. Elle devait, à la dissolution de la communauté, ou la répudier, ou l'accepter dans l'état où il l'avait mise. Les condamnations pécuniaires qu'il avait subies à raison de ses délits ou de ses quasi-délits, *amendes, réparations civiles* et *dépens des procès,* se prenaient donc sur la communauté, sans récompense pour celle-ci. C'est ce qu'on exprime par cette formule très énergique: le mari peut dissiper la communauté, non seulement *contrahendo,* mais encore *delinquendo.* — Les rédacteurs [[de notre]] code ont reproduit le même système, [[et ils sont demeurés dans les traditions de l'ancienne jurisprudence. Ainsi, de même qu'autrefois, le mari peut, non seulement vendre les biens mobiliers et immobiliers, mais encore en disposer à titre gratuit; il peut même les perdre et les dissiper en de vaines et folles prodigalités (voy. *infra,* p. 216).]]

Or, si ses plaisirs, quoique déréglés, restent à la charge de la communauté, pourquoi n'en serait-il pas de même des [[amendes encourues]] et des dommages et intérêts auxquels il est condamné envers les tiers qui ont souffert de ses délits ou quasi-délits?

La question est ramenée à une pure affaire d'argent, et toutes les dettes du mari sont une charge de la communauté. La loi le

---

sujets. En confiant à son mari l'administration de la communauté, la femme s'est tacitement soumise à supporter sa part des imprudences qu'il pourrait commettre dans le maniement des affaires communes.

Que si, au contraire, il a commis quelque quasi-délit en dehors de l'administration de la communauté, si, par exemple, en gérant son propre patrimoine, il a, par son imprudence, causé quelque dommage à autrui, ou si, étant à la chasse, il a par maladresse tué le cheval de son ami, la réparation du préjudice qu'il a causé doit rester à sa charge exclusive.

dit expressément dans l'article 1280-2° (*a*). La règle qu'elle établit à cet égard est aussi large que possible : Toutes les dettes que le mari contracte pendant le mariage entrent dans le passif de la communauté, qui les doit supporter sans récompense. A la vérité, cette règle reçoit des exceptions. [[Elles se rapportent toutes]] aux dettes que le mari a contractées DANS SON INTÉRÊT PERSONNEL, qui ont tourné à son profit (art. 1278, 1279, 1283, 1304). Là se bornent les exceptions établies par la loi. Or, [[les amendes et]] les dommages et intérêts auxquels le mari a été condamné par suite de ses [[crimes et]] délits ou quasi-délits ne peuvent être rangés ni dans l'une ni dans l'autre des deux classes de dettes exceptionnelles qui n'entrent en communauté qu'à charge de récompense. Le mari n'en a tiré aucun profit. Les [[amendes et les]] dommages et intérêts nés des délits du mari restent donc dans la règle. Dès lors, comment soutenir encore que la communauté n'en est tenue que sauf récompense ?

" Mais, dira-t-on, le pouvoir qu'a le mari de disposer des biens communs, tant pour la part de la femme que pour la sienne propre, repose sur le mandat que la femme est censée lui avoir donné. Or, l'idée de mandat ne peut point s'adapter aux [[crimes et]] délits. "

Non, sans doute, le mandat de délinquer ne peut pas être donné valablement. Mais le droit du mari n'a point le fondement qu'on lui prête : la vérité est que le pouvoir du mari a sa source dans l'autorité qu'il tient de la loi (1).

Autrement comment expliquer la faculté laissée au mari de dépenser en de vaines et folles prodigalités les biens de la communauté, de les dissiper même par des libéralités désordonnées et honteuses? Est-ce que les actes de cette nature comportent mieux qu'un délit l'idée d'un mandat donné par la femme?

S'il est vrai que les dettes que le mari contracte en délinquant n'obligent la communauté que sauf récompense, il en faut dire autant de celles qu'il contracte par ses quasi-délits : car le quasi-délit exclut, aussi bien que le délit, l'idée d'un mandat. Et alors que l'on considère à quelle inconséquence on est conduit !

Le mari emprunte-t-il des sommes pour satisfaire des passions qui le déshonorent : la femme, étant réputée lui avoir donné mandat à cet effet, porte et solde sa part de ses débauches !

(*a*) Cet article dit, il est vrai : " sauf récompense, dans les cas où elle a lieu," mais il n'y a pas lieu en ce cas.

(1) Voy. Pothier, *Communauté*, n° 248.

Commet-il quelque faute, une imprudence qui l'oblige à payer des dommages et intérêts: la femme n'en souffre aucunement. La loi, qui l'associe aux désordres de son mari, ne veut point qu'elle prenne part à ses malheurs.

Comment croire à nue aussi scandaleuse contradiction (*a*)?

III. — DES DETTES FAISANT PARTIE DES SUCCESSIONS ÉCHUES AUX ÉPOUX PENDANT LE MARIAGE.

Ces dettes sont régies: 1° par des règles du droit commun; 2° par des règles spéciales.

L'application de ces règles exigera, au reste, plusieurs distinctions. Ainsi nous aurons à rechercher:

1° Si la sucession est purement mobilière, purement immobilière, ou tout à la fois mobilière et immobilière;

2° Si elle est échue au mari ou à la femme, et, quand elle est échue à la femme, si elle l'accepte avec l'autorisation de son mari ou avec l'autorisation de la justice;

3° Dans tous les cas, si le mari a ou n'a pas fait l'inventaire des meubles compris dans la succession.

En outre, ces dettes de succession peuvent tomber dans la communauté pour être supportées par elle sans recours contre l'époux héritier: elles forment alors son passif, le passif qui se divise entre les époux à la dissolution de la communauté. Mais elles peuvent aussi n'y tomber qu'en ce sens seulement qu'elle sera tenue sur la poursuite des créanciers, d'en faire l'avance sauf son recours contre l'époux héritier.

(*a*) Ce deuxième système a été accepté par MM. Valette et Demangeat, même sous l'empire du code Napoléon, dans le cas de *dommages-intérêts* encourus par le mari par suite de délit ou quasi-délit. Dans le cas d'amende encourue par le mari, le code Napoléon (art. 1424) établit qu'il y a lieu à récompense. Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. 5, § 509, p. 333, note 27; M. Colmet de Santerre, t. 6, n° 68 *bis* IV, et M. Baudry-Lacantinerie, n° 122.

Comme je l'ai dit, j'adopte ce deuxième système. C'était le système de l'ancien droit. J'ajouterai que les termes de notre article 1292, plus larges que ceux de l'article 1422 du code Napoléon, font voir que tous les contrats et actes du mari, sauf le cas de fraude, obligent la communauté.

A. — *Quelles sont les dettes de succession qui tombent ou ne tombent pas dans la communauté* A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS (droit de poursuite).

I. Successions échues au mari. — Que la succession soit mobilière ou immobilière, la communauté est tenue de toutes les dettes (voy., *supra*, p. 178).

II. Successions échues à la femme. — 1° *La succession est purement immobilière.* — Qu'elle soit acceptée par la femme avec l'autorisation de justice, ou qu'elle le soit avec l'autorisation du mari, la communauté n'est point tenue des dettes (1). Le résultat n'est cependant pas le même dans les deux cas. Si la succession est acceptée avec l'autorisation de justice, les créanciers ont action sur les biens héréditaires, et sur les autres biens de la femme, [[*après la dissolution de la communauté*]] *seulement.* Si elle est acceptée avec l'autorisation du mari, ils ont action tant sur biens de la succession que sur les autres biens personnels de la femme. [[Ces différentes règles sont exprimées aux articles 1283 et 1284, qui se lisent comme suit:

1283. " Les dettes d'une succession purement immobilière qui " échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la " charge de la communauté; sauf le droit qu'ont les créanciers " de poursuivre leur paiement sur les immeubles de la suc- " cession.

" Néanmoins, si cette succession est échue au mari, les créan- " ciers peuvent poursuivre leur paiement, soit sur tous les biens " propres au mari, soit même sur ceux de la communauté, sauf. " dans ce second cas, la récompense due à la femme ou à ses hé- " ritiers (*a*)."

1284. " Si une succession purement immobilière est échue à " la femme, et que celle-ci l'ait acceptée du consentement de son " mari, les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur tous " les biens de la femme; mais si la succession n'a été acceptée par " la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, les " créanciers, en cas d'insuffisance des biens de la succession, ne

---

(1) Voy., *supra*, p. 195, la justification de cette exception au principe que la femme qui s'oblige avec l'autorisation du mari oblige également la communauté.

(*a*) C'est une reproduction exacte de l'article 1412 du code Napoléon.

" peuvent se pourvoir sur les autres biens de la femme avant la " dissolution de la communauté (*a*)."]]

Les successions *purement immobilières* sont fort rares. On peut cependant citer, dans les successions testamentaires, le legs de tous les immeubles; dans les successions *ab intestat,* d'une part, le cas où un ascendant donateur d'immeubles les reprend dans la succession de son petit-fils donataire, mort sans postérité, mais laissant des frères ou des sœurs qui l'excluent de la succession ordinaire (art. 630 et 632), et, d'autre part, le cas où il ne reste que des immeubles à l'héritier légitime, le *de cujus* ayant fait un legs de tous les meubles.

2° *La succession est purement mobilière.* — Est-elle acceptée par la femme avec l'autorisation du mari: la communauté est tenue de toutes les dettes. Les créanciers ont alors action sur les biens héréditaires, sur les biens personnels de la femme, sur les biens de la communauté, et enfin sur ceux du mari (voy. *supra*, pp. 172, 179).

Est-elle acceptée par la femme avec autorisation de justice: en principe, la communauté n'est pas tenue des dettes; mais, comme elle peut toujours être poursuivie jusqu'à concurrence du profit qu'elle retire de l'événement qui a rendu débiteur l'un des époux (voy. l'art. 1296, et *supra*. pp. 170, 180), les créanciers héréditaires ont contre elle une action *de in rem verso,* jusqu'à concurrence de l'actif constaté par un inventaire et non confondu avec l'actif commun. Bien plus, elle sera tenue pour le tout si le mari a négligé de faire un inventaire (arg. de l'art. 1287). En laissant confondre les biens de la succession avec ceux de la communauté, il a enlevé aux créanciers le moyen d'établir la consistance des premiers: les créanciers seraient donc victimes de sa négligence s'ils n'étaient admis à poursuivre la communauté que jusqu'à concurrence de l'actif de la succession. D'ailleurs, en acceptant cette confusion des biens, le mari a tacitement reconnu que l'actif de la succession était au moins égal à son passif (1).

(*a*) C'est en substance la reproduction de l'article 1413 du code Napoléon, sauf que, dans le cas en dernier lieu mentionné dans l'article, le code Napoléon permet aux créanciers de se pourvoir, pendant la communauté, sur la nue propriété des biens personnels de la femme.

Voy., du reste, ce que j'ai dit de cette disposition, *supra*, p. 195.

(1) Nous supposons toujours que la succession échue à la femme est acceptée par la femme: en effet, nous n'admettons pas que cette succession puisse être acceptée par le mari, au refus de la femme. Voy. M. Laurent, t. 21, nos 434 et suiv.

3° *La succession est tout à la fois mobilière et immobilière.* — Est-elle acceptée avec l'autorisation du mari : la communauté est tenue de toutes les dettes.

Est-elle acceptée avec l'autorisation de justice : on distingue. Si le mari a inventorié le mobilier de la succession, les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur les biens de la succession, et, en cas d'insuffisance, [[ils doivent attendre, pour le reste, la dissolution de la communauté.]] La communauté est tenue sur tous ses biens, si le mobilier de la succession a été confondu avec les biens communs sans un inventaire préalable.

[[Ce sont les articles 1287 et 1288 qui établissent ces règles, dans les termes suivants :

1287. " Les dispositions de l'article 1285 ne font point obs-" tacle à ce que les créanciers d'une succession en partie mobi-" lière et en partie immobilière poursuivent leur paiement sur " les biens de la communauté, soit que la succession soit échue au " mari, soit qu'elle soit échue à la femme, lorsque celle-ci l'a ac-" ceptée du consentement de son mari ; le tout sauf les récom-" penses respectives.

" Il en est de même si la succession n'a été acceptée par la " femme que comme autorisée en justice, et que néanmoins le " mobilier en ait été confondu dans celui de la communauté, " sans un inventaire préalable (*a*)."

1288. " Si la succession n'a été acceptée par la femme que " comme autorisée en justice au refus du mari, et s'il y a eu in-" ventaire, les créanciers ne peuvent poursuivre leur paiement " que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de cette suc-" cession, et, en cas d'insuffisance, ils doivent attendre, pour le " reste, la dissolution de la communauté (*b*)."]]

Ainsi, lorsqu'une succession *purement immobilière* est échue à la femme, la communauté n'est pas tenue des dettes, bien que la succession soit acceptée avec l'autorisation du mari. Lors, au contraire, que la succession est *tout à la fois mobilière et immobilière,* et acceptée avec l'autorisation du mari, la communauté est tenue, non seulement d'une portion de dettes correspondante à l'actif mobilier que gagne la communauté, mais encore de la portion correspondante à l'actif immobilier qui reste propre à la

---

(*a*) Cet article est une copie textuelle de l'article 1416 du code Napoléon.

(*b*) Cet article reproduit en substance l'article 1417 du code Napoléon, sauf que, dans le cas en dernier lieu mentionné dans l'article, le code Napoléon permet aux créanciers de se pourvoir, pendant la communauté, sur la nue propriété des biens personnels de la femme.

femme. Il me semble cependant que la communauté ne devrait pas être tenue de la part contributoire de l'actif immobilier, puisqu'elle reste étrangère aux dettes quand l'actif est purement immobilier. Soit une succession de 10,000 francs, dont 2,000 francs en meubles, et 8,000 francs en immeubles: cette succession, étant mixte, semblerait devoir être divisée en deux successions, l'une purement mobilière, l'autre purement immobilière. Dans ce système, on eût dit: "La communauté pourra être poursuivie pour un cinquième des dettes; les quatre autres cinquièmes ne pourront être réclamés que sur les immeubles de la succession, et sur les biens personnels de la femme." Mais, en suivant ce règlement, le fractionnement de l'action des créanciers eût amené trop de complications: il eût fallu d'abord ou les appeler à l'inventaire du mobilier, ou bien leur reconnaître le droit de le contester. De là des difficultés, des procès. C'est pour les éviter que la loi a permis aux créanciers de poursuivre sur la communauté le paiement intégral de ce qui leur est dû (1)

B. — *Quelles sont les dettes de succession qui tombent dans la communauté* A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS (contribution aux dettes).

Le principe qui régit les dettes faisant partie des successions échues aux époux pendant le mariage est bien différent de celui qui régit les dettes dont ils étaient débiteurs avant de se marier.

Quant aux dettes antérieures au mariage, la règle peut être ainsi formulée: *Là où va l'actif* MOBILIER, *là va le passif* MOBILIER; *là où reste l'actif* IMMOBILIER, *là reste le passif* IMMOBILIER (voy. *supra*, p. 169). On établit ainsi une corrélation non pas entre l'émolument actif que chaque époux apporte dans la communauté, et l'émolument passif, mais entre telle nature de biens et telle nature de dettes. Tout le passif *mobilier* tombe dans la communauté, parce qu'elle acquiert tout l'actif *mobilier*; le passif *immobilier* reste propre à chaque époux, parce que chaque époux conserve en propre tout son actif *immobilier*. — Cette corrélation, rationnelle en apparence, est très injuste au fond. Il peut arriver, en effet, que la communauté paie tout le passif d'un époux qui ne lui a rien apporté de son actif, et, réciproquement, qu'elle ne paie aucune portion du passif d'un

(1) Voy. aussi M. Laurent, t. 21, nº 457.

époux dont elle a pris tout l'actif. *Primus* a un actif de 10,000 francs en immeubles et un passif de 10,000 francs en dettes mobilières; il épouse *Secunda*, qui a un actif de 10,000 francs en meubles et un passif de 10,000 francs en dettes immobilières; qu'est-il arrivé? *Primus* a conservé en propre tout son actif et il a mis tout son passif dans la communauté; *Secunda* a mis dans la communauté tout son actif et elle a conservé tout son passif. La fortune de *Secunda* a passé à *Primus*, qui l'a employée à l'acquittement de ses dettes.

Le principe qui régit les dettes de successions échues aux époux pendant le mariage est bien plus équitable. On le formule ainsi: *Là où va l'*ÉMOLUMENT *actif, là va le passif, mobilier ou immobilier; là où reste l'*ÉMOLUMENT *actif, là reste le passif, mobilier ou immobilier.* Au lieu d'établir la corrélation entre telle nature de biens et telle nature de dettes, on l'établit entre l'émolument que la communauté gagne et le passif mobilier ou immobilier. Si la communauté gagne tout l'actif, elle paie toutes les dettes, tant immobilières que mobilières. Si elle ne prend rien dans l'actif, elle ne supporte rien du passif, tant mobilier qu'immobilier. Si elle gagne une portion de l'actif, elle supporte une portion correspondante du passif, mobilier ou immobilier.

Un exemple fera comprendre la différence des deux principes.

Une succession, dont *l'actif* est purement *mobilier* et le *passif* purement *immobilier*, échoit au mari: — avec le premier principe, on dirait: La communauté acquiert tout l'actif, puisqu'il est mobilier; quant au passif, elle n'en supporte aucune portion, puisqu'il est exclusivement immobilier. Avec le second principe, on dira: La communauté gagne tout l'actif: partant, elle supportera tout le passif, mobilier ou immobilier.

Je suppose la succession purement immobilière quant à l'actif, purement mobilière quant au passif: — avec le premier principe, on dirait: La communauté ne prend rien dans l'actif, puisqu'il est immobilier; mais elle supporte tout le passif, puisqu'il est mobilier. Avec le second, on dira: La communauté ne prend rien dans l'actif; elle ne supportera rien dans le passif.

Cette théorie étant connue, il sera facile de comprendre les trois espèces prévues par la loi.

1° *La succession est purement mobilière.* — Tout l'actif tombe dans la communauté (art. 1272-1°): c'est elle, par conséquent, qui supporte, SANS RÉCOMPENSE, toutes les dettes tant immobilières que mobilières. L'article 1282 exprime comme suit cette règle:

1282. "Les dettes des successions purement mobilières, qui "sont échues aux époux pendant le mariage, sont pour le tout "à la charge de la communauté (*a*)."

2° *La succession est purement immobilière.* — Le capital actif reste tout entier propre à l'époux successeur (art. 1273 et 1275): c'est lui, par conséquent, qui doit supporter tout le capital passif mobilier ou immobilier (art. 1283, al. 1er) (*b*). La communauté acquiert la jouissance des capitaux actifs (art. 1272-2°): c'est donc elle qui supportera les intérêts ou arrérages des capitaux passifs (art. 1280-3°).

3° *La succession est tout à la fois mobilière et immobilière.* — La partie mobilière tombe activement dans la communauté; la partie immobilière reste propre à l'époux successeur: dès lors, chacun supportera une part des dettes proportionnelle à l'émolument qu'il gagne. [[Voici comment s'exprime l'article 1285:

1285. "Lorsque la succession échue à l'un des époux est en "partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à "la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la "portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à "la valeur du mobilier, comparée à celle des immeubles.

"Cette portion contributoire se règle d'après l'inventaire "auquel le mari doit faire procéder, soit de son chef, si la suc-"cession le concerne personnellement, soit comme dirigeant ou "autorisant les actions de sa femme s'il s'agit d'une succession "à elle échue (*c*)."]]

Soit donc une succession de 100,000 francs composée de 20,000 francs en meubles et 80,000 francs en immeubles: la communauté acquiert un cinquième de l'actif, elle supportera un cinquième du passif, mobilier ou immobilier; l'époux garde en propre les quatre cinquièmes de l'actif, il supportera les quatre cinquièmes des dettes mobilières ou immobilières. La communauté acquiert la jouissance active de tout ce qui est resté propre à l'époux: elle supportera sans récompense les intérêts des dettes dont il est personnellement tenu.

En résumé, dans le premier cas, la communauté paie toutes les dettes en capitaux et intérêts, car elle gagne toute la succes-

---

(*a*) C'est une copie textuelle de l'article 1411 du code Napoléon.

(*b*) A cause de la confusion entre les biens du mari et ceux de la communauté, les créanciers de la succession purement immobilière échue au mari peuvent poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme ou à ses héritiers (art. 1283, al. 2).

(*c*) Cet article est une copie textuelle de l'art. 1414 du code Napoléon.

sion en pleine propriété. Dans le second, elle ne paie rien dans les capitaux passifs, car elle ne gagne rien dans les capitaux actifs. Dans le troisième, elle supporte, en capitaux et intérêts, la part des dettes correspondante à la part active qu'elle acquiert, et, en intérêts seulement, la portion de dettes correspondante à la portion active qui reste propre à l'époux héritier.

Lorsque la succession est tout à la fois mobilière et immobilière, un conflit peut s'engager entre le mari et la femme sur la question de savoir quelle portion des dettes doit supporter la communauté.

Les meubles, dit l'époux héritier, formaient un *cinquième* de la succession: donc la communauté doit supporter un *cinquième* des dettes. — Ils ne formaient qu'un *dixième* de la succession, répond l'autre époux: donc la communauté ne doit supporter qu'un *dixième* des dettes, etc. ... Comment chaque époux fera-t-il la preuve de sa prétention? Par titres, quant au mari. Quant à la femme, elle peut prouver son dire: 1° par titres, 2° par témoins, et 3° par *commune renommée,* c'est-à-dire par le témoignage de personnes affirmant qu'elles ont entendu dire, ou qu'elles estiment elles-mêmes, que le défunt avait laissé une fortune mobilière de 20,000 francs ou de 10,000 francs. [[L'article 1286 donne ce droit à la femme. Il s'exprime ainsi:

1286. "A défaut d'inventaire et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors "de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses "de droit, et même faire preuve tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et au besoin, par la commune "renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié (*a*)."]]

On permet à la femme de prouver par témoins ou par commune renommée, parce que, comme elle est sous l'influence de son mari, il était à craindre que celui-ci n'usât de son pouvoir pour l'empêcher de se procurer une preuve écrite de la valeur du mobilier compris dans la succession.

On voit que le mari a un grand intérêt à faire l'inventaire de toute succession mobilière et immobilière, échue à lui-même ou à sa femme. Sa négligence donne lieu contre lui à une double peine:

(*a*) C'est une copie textuelle de l'alinéa premier de l'article 1415 du code Napoléon, qui ajoute, dans un deuxième alinéa que notre code passe sous silence, les mots suivants : "Le mari n'est jamais recevable "à faire cette preuve." Il est évident que le mari ne peut recourir à cette preuve qui n'est permise qu'à la femme.

1° Il est tenu, pour le tout, des dettes comprises dans la succession que sa femme a acceptée avec l'autorisation de justice, — tandis que, s'il a fait inventaire, il n'en est tenu que jusqu'à concurrence du profit que la communauté a retiré;

2° A défaut d'inventaire, la femme ou ses héritiers peuvent prouver la consistance du mobilier par témoins, et par commune renommée.

RÉSUMÉ.

I. *La communauté peut être, sur la poursuite des créanciers, contrainte de payer:* — 1° Toutes les dettes du mari, quelle que soit leur date ou leur origine (1);

2° Toutes les dettes mobilières de la femme, lorsqu'elles sont antérieures au mariage;

3° Les dettes que la femme a contractées pendant le mariage *avec l'autorisation de son mari*, sauf une exception (art. 1284);

4° Les dettes qu'elle a contractées avec l'autorisation de justice, dans les cas prévus et réglés par l'article 1297;

5° Les dettes qu'elle a contractées sans autorisation du mari, ni de justice, mais qui ont indirectement tourné au profit de la communauté (la communauté alors n'est tenue que *quatenus locupletior facta sit*);

6° Toutes les dettes qui sont considérées comme des charges de la jouissance que la communauté a sur les propres des époux, telles que les intérêts des dettes qui leur sont PERSONNELLES, les réparations relatives à l'entretien des propres, etc.

II. *La communauté doit supporter* SANS RÉCOMPENSE *toutes les dettes dont elle est tenue, sauf*: 1° Les dettes antérieures au mariage et *relatives à des propres* (art. 1280-1°);

2° Les dettes contractées pendant le mariage dans l'intérêt particulier de l'un ou de l'autre époux. (*a*).

[[Les règles que nous venons d'étudier relativement aux dettes dépendant d'une succession, s'appliquent également aux dettes dépendant d'une donation. C'est ce que dit l'article

---

(1) Au moins tant que la communauté dure : car les dettes immobilières dont le mari était tenu antérieurement à son mariage ne peuvent, après la dissolution de la communauté, être poursuivies que sur ses propres et sa part dans la communauté. [[Voy. ce que j'en dirai plus loin en parlant du partage du passif de la communauté, et de la contribution aux dettes.]]

(*a*) Quant aux condamnations pécuniaires nées des crimes ou délits du mari, voy. ce que j'ai dit *supra*, pp. 202 et suiv.

1289, dans les termes suivants, à l'instar de l'article 1418 du code Napoléon :

1289. " Les règles établies par les articles 1282 et suivants, " régissent les dettes dépendant d'une donation comme celles " résultant d'une succession."]]

SECTION II. — DE L'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ, ET DE L'EFFET DES ACTES DE L'UN ET DE L'AUTRE ÉPOUX RELATIVEMENT A LA SOCIÉTÉ CONJUGALE.

§ I.—*A qui appartient l'administration de la communauté.*

Lorsqu'une société, comme la communauté, ne compte que deux associés, le pouvoir de l'administrer doit appartenir à un seul : car, si chacun des associés pouvait s'opposer à ce que veut faire l'autre, aucune majorité n'étant possible, l'administration serait sans cesse entravée au grand préjudice de l'intérêt commun. La communauté sera donc administrée par un seul des époux.

La loi confie l'administration au mari, parce que, d'une part, l'homme est en général plus propre que la femme au maniement des affaires, et que, d'autre part, la femme étant soumise à son autorité, il eût été inconséquent de confier à la femme un pouvoir indépendant sur les biens.

§ II.—*Des pouvoirs du mari sur les biens de la communauté.*

Le pouvoir d'*administrer* est d'ordinaire un pouvoir très restreint : *conserver les biens, les faire fructifier,* telle est la mission d'un administrateur ordinaire.

Mais le pouvoir du mari est si étendu qu'on peut l'assimiler au pouvoir du propriétaire. [[Ce pouvoir est défini par l'article 1292, dans les termes suivants :

1292. " Le mari administre seul les biens de la communauté. " Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de " sa femme.

" Il peut même seul en disposer par donation ou autre dispo-

" sition entre vifs, pourvu que ce soit en faveur de personne ca-
" pable et sans fraude (*a*).]]

À L'ÉGARD DES TIERS, *il peut tout.* Ainsi il peut vendre, échanger, aliéner, hypothéquer, [[donner, pourvu que ce soit sans fraude,]] les biens comme il l'entend, *sans le consentement de la femme et malgré elle;* il transige; il plaide, tant au possessoire qu'au pétitoire; il oblige la communauté, même lorsque ses obligations sont nées d'un délit ou lorsqu'elles ont été contractées dans son intérêt personnel.

À L'ÉGARD DE LA FEMME, *il peut également tout*, [[*pourvu que ce soit sans fraude.*]] Ainsi il peut aliéner, hypothéquer, [[donner,]] plaider, transiger, ruiner la communauté en faisant des dépenses folles ou [[des]] libéralités. Il peut tout cela sans contrôle de la part de la femme, sans obligation de lui rendre compte. Elle ne peut pas lui dire: " Il y avait en caisse tel fonds social: qu'est-il devenu?" Le mari répondrait: " J'en ai fait ce que j'ai voulu, je l'ai dissipé, je l'ai donné." Pourvu qu'il ne s'enrichisse point aux dépens de la communauté, le mari l'administre, en principe, *cum liberâ potestate; maritus potest perdere et dissipare res communes.* La femme ne peut donc obtenir des indemnités à raison des actes émanés de son mari, ou en faire prononcer la nullité, qu'à la condition d'établir qu'il les a faits en violation d'une prohibition de la loi (*b*).

(*a*) Le premier alinéa de cet article est une copie textuelle de l'article 1421 du code Napoléon. Le deuxième alinéa tient lieu de l'article 1422 du code Napoléon, dont il diffère beaucoup. Cet article (1422 C. N.) restreint le pouvoir du mari, en déclarant que le mari ne peut disposer, à titre gratuit, des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs; le mari peut cependant disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, en faveur de toute personne, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit.

Nos codificateurs disent "qu'ils n'ont pas cru devoir changer la loi " ancienne, qui a paru plus conforme aux principes sur lesquels est " fondée la communauté conjugale, qui diffère si essentiellement de " toute autre société. Si le mari", ajoutent-ils, "peut vendre un im- " meuble et en dissiper le prix, sans que la femme ait rien à y voir, " pourquoi ne pourrait-il pas le donner, pourvu qu'il le fasse sans inten- " tion de frauder les droits de la femme ou de ses héritiers? Pothier est " même d'avis, contrairement il est vrai à celui de Lebrun, qu'il n'y " avait ni fraude, ni excès de pouvoir dans la réserve que le mari faisait " pour lui seul, de l'usufruit de l'objet appartenant à la communauté " dont il avait fait don. L'article soumis ne va pas aussi loin, il est " laissé à la doctrine de décider d'après les circonstances, si une pareille " réserve serait ou non frauduleuse, et, partant, nulle ou valide."

(*b*) Je me demande si des libéralités immodérées de la part du mari ne seraient pas considérées comme une fraude à l'égard de sa femme. Il

Puisque le mari peut tout, sauf ce qui lui est défendu, nous n'avons qu'à étudier les actes qu'il ne peut pas faire.

Il ne peut pas:

S'enrichir directement ou indirectement en appauvrissant la communauté. — Ainsi, il lui doit récompense s'il a employé les biens communs à l'acquittement des dettes contractées dans son intérêt personnel (art. 1280-1°, 1304).

[[Le mari peut disposer par donation ou autre disposition entre vifs des biens de la communauté, pourvu que ce soit *en faveur de personne capable et sans fraude.*]] — Il y a cependant une grande différence entre le cas où la donation est faite à un étranger et celui où elle est faite à un enfant que le mari a eu d'un précédent mariage. Au premier cas, le mari ne doit aucune récompense à la communauté; il en doit une dans le second (art. 1356) (*a*).

Récompense est également due, toutes les fois que la donation contient une fraude à la communauté, un moyen pour le mari de s'enrichir à son détriment. Tel est le cas où le mari donne des meubles à un ascendant très vieux dont il est l'héritier présomptif, afin que cet ascendant les emploie à acquérir des immeubles qui, plus tard, lui reviendront à titre de propres (1) (*b*).

[[La cour de revision, dans la cause de *Bernier* v. *Proulx*, 15 Q. L. R., p. 333, a jugé que la femme ne peut demander, même avec l'autorisation de la justice, la rescision de l'aliénation des biens communs faite par le mari, et que son seul recours, dans le cas de fraude, est la demande en séparation de biens. Et c'est à la suite d'une action en séparation de biens que la cour d'appel, dans la cause de *Bernier & Gendron*, 17 Q. L. R., p. 377, a annulé comme frauduleuse et collusoire une vente des propriétés de la communauté consentie par le mari.

---

est certain qu'elles donneraient à celle-ci le droit de demander la séparation de biens, partant la dissolution de la société de biens entre les époux.

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. 7, p. 265; Val. Comp. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 509, p. 326; M. Laurent, t. 22, nos 38 et suiv.

(*a*) Cet article 1356 se lit comme suit:

"1356. Chaque époux ou son héritier rapporte également les sommes " qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux " y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnel- " lement l'enfant commun."

C'est une copie textuelle de l'art. 1469 du code Napoléon.

(*b*) Le mari ne peut, ni directement, ni indirectement, se rendre propres les biens de la communauté, pas même du consentement de son épouse: cour de revision, *Lemieux* v. *Simard*, R. J. Q., 4 C. S., p. 188.

Puisque le mari seul administre la communauté, c'est lui seul qui doit, pendant l'existence de la communauté, intenter les actions appartenant à la communauté, même pour des créances qui sont tombées dans la communauté du chef de la femme: cour d'appel, *Bélanger & Talbot*, 3 D. C. A., p. 317; même cour, *Comte & Lagacé*, 3 D. C. A., p. 319; même cour, *Grégoire & Grégoire*, 4 D. C. A., p. 315 et 316. De même les dettes dues par la communauté devront être poursuivies contre le mari seul: juge Curran, *Caron* v. *Kavanagh*, R. J. Q., 13 C. S., p. 296; cour d'appel, *Duval & Anctil*, 16 R. L., p. 328, et 14 Q. L. R., p. 244 (*a*).

Cependant, le juge Meredith, dans la cause de *Bertrand* v. *Pouliot*, 4 Q. L. R., p. 8, le juge Doherty, dans la cause de *Mallette* v. *Sarahn alias Séraphini*, R. J. Q., 4 C. S., p. 110, et la cour d'appel, dans la cause de *Charest & Tessier*, 6 R. de J., p. 160, et R. J. Q., 8 B. R.,, p. 500, ont jugé que les conjoints communs en biens peuvent poursuivre conjointement pour le recouvrement d'une créance due à la communauté de biens. Voy. toutefois, les remarques du juge Würtele quant à cette décision (*Sauriol & Clermont*, R. J. Q., 10 B. R., p. 305).

Ceci m'amène à parler d'une question qui a été souvent discutée devant nos tribunaux, et sur laquelle les opinions sont fort partagées. Lorsque la femme commune en biens est victime d'un délit ou quasi-délit et souffre des dommages en conséquence, les dommages qui sont accordés tombent dans la communauté, comme chose mobilière. Mais par qui peut être intentée l'action en recouvrement de ces dommages? Est-ce le mari seul qui peut poursuivre? Ou la femme autorisée par son mari ou par la justice, peut-elle le faire en son nom? Ou bien encore, peut-elle se joindre à son mari dans l'action, comme demanderesse conjointement avec lui? Ce sont là les questions qui peuvent être posées.

Lorsqu'il s'agit de torts qui sont personnels à la femme, comme par exemple lorsque le défendeur s'est rendu coupable contre elle de voies de fait, de diffamation ou de libelle, il a été jugé dans plusieurs causes qu'elle peut alors, avec l'autorisation de son mari, ou avec celle de la justice, instituer en son propre nom une action en dommages, car elle agit alors pour la revendication de son honneur et la protection de sa personne:

(*a*) Voy. les causes citées *supra*, note (*a*), p. 192, quant aux poursuites relatives à des dettes qui ont été contractées par la femme avec le consentement de son mari, et qui sont en conséquence à la charge de la communauté.

juge Andrews, *Ex parte Lemieux*, R. J. Q., 2 C. S., p. 404; cour de revision, *Turcotte* v. *Nolet*, R. J. Q., 4 C. S., p. 438; juge Pagnuelo, *Brisebois* v. *Simard*, R. J. Q., 6 C. S., p. 381; juge Andrews, *Néron* v. *Breton*, R. J. Q., 15 C. S., p. 339; cour d'appel, *Waldron* & *White*, 11 L. N., p. 53, et M. L. R., 3 Q. B., p. 375; juge Pagnuelo, *Laurin* v. *Desrochers*, R. J. Q., 17 C. S., p. 351; juge Pelletier, *Baker* v. *Gingras*, R. J. Q., 20 C. S., p. 85; cour d'appel, *Charest* & *Tessier*, R. J. Q., 8 B. R., p. 500, et 6 R. de J., p. 160.

Voy. cependant en sens contraire les causes suivantes dans lesquelles il a été décidé que même en pareil cas l'action doit être portée par le mari seul: juge Andrews, *Vermette* v. *Genest*, 11 Q. L. R., p. 376; juge Taschereau, *Noël* v. *Berthiaume*, R. J. Q., 8 C. S., p. 319, et 1 R. de J., p. 513; cour d'appel, *Sauriol* & *Clermont*, R. J. Q., 10 B. R., p. 294.

Dans la cause de *Carrières* v. *Delacourt*, R. J. Q., 16 C. S., p. 207, il s'agissait de dommages réclamés par une mère pour voies de fait commies sur son enfant, et le juge Doherty a décidé que l'action appartenait au mari, chef de la communauté. Si la femme peut porter seule l'action d'injure, à plus forte raison la femme pourra-t-elle en pareil cas se joindre à son mari pour porter l'action conjointement avec lui: juge Mathieu, *Bazinet* v. *Roy*, 18 R. L., p. 294; cour d'appel, *Charest* & *Tessier*, 6 R. de J., p. 160 et R. J. Q., 8 B. R., p. 500.

Mais s'il s'agit de dommages résultant d'un accident ou d'un quasi-délit, il me semble qu'on ne peut douter que la femme qui en a été victime ne peut, même autorisée par son mari, exercer l'action en recouvrement de ces dommages, qui appartient au mari seul comme chef de la communauté: cour de revision, *McFarran* v. *The Montreal Park and Island Ry. Co.*, R. J. Q., 15 C. S., p. 390, (jugement confirmé par la cour d'appel, R. J. Q., 9 B. R., p. 367, et par la cour suprême, 30 *Supreme Court Repts.*, p. 410) (*a*); juge Langelier, *Lapierre* v. *Larue*, 7 R. de

---

(*a*) Par le jugement rendu dans cette cause, la cour d'appel paraît avoir posé comme principe général que le femme commune en biens ne peut intenter une action en dommages à raison soit d'un délit ou d'un quasi-délit dont elle a été victime, mais je dois dire cependant que dans la cause de *Sauriol* & *Clermont*, citée plus haut, elle a semblé se réserver de prononcer, le cas échéant, sur certaines espèces extraordinaires et exceptionnelles. J'ai exprimé ma pensée à cet égard dans une note que j'ai ajoutée au rapport de la cause de *Baker* v. *Gingras*, R. J. Q., 20 C. S., p. 85. Je puis du reste renvoyer le lecteur à une étude très lucide de cette question dans l'ouvrage que vient de publier M. Ferdinand Roy, avocat de Québec: *Des restrictions au droit de plaider en matière civile*, pp. 253 et suiv.

J., p. 199. Cependant, il a été jugé par le juge Lemieux, dans la cause de *Sullivan* v. *La corporation de la ville de Magog*, R. J. Q., 18 C. S., p. 107, et par le juge Jetté, dans la cause de *Gagnon* v. *La corporation du village de St-Gabriel*, M. L. R., 3 S. C., p. 97, que la femme commune peut en ce cas poursuivre conjointement avec son mari (*a*).]]

Il ne peut faire aucun legs au préjudice de sa femme.—[[Cette règle se trouve exprimée à l'article 1293, qui se lit comme suit:

1293. " L'un des époux ne peut, au préjudice de l'autre, " léguer plus que sa part dans la communauté.

" Le legs d'un effet de la communauté suit les règles appli- " cables au cas du legs de la chose dont le testateur n'est pro- " priétaire que pour partie.

" Si la chose est tombée dans le lot du testateur et qu'elle se " retrouve dans sa succession, le légataire a droit de la prendre en entier (*b*)."]] Plusieurs cas se présentent:

Si le mari lègue *le droit qu'il a dans la communauté*, le legs est valable; il l'est encore, s'il lègue la *moitié* de la communauté. Dans ces deux hypothèses, en effet, il ne dispose que de ce qui lui appartient.

Maintenant, qu'arrivera-t-il s'il a légué un objet individuel, tel qu'un immeuble, faisant partie de la communauté? A ne consulter que les principes généraux, c'est-à-dire l'article 881, qui déclare nul le legs de la chose d'autrui, et l'article 746, suivant lequel l'objet dont nous étions propriétaire par indivis est censé avoir toujours et exclusivement appartenu à notre copropriétaire dans le lot duquel il est tombé, on dirait: Le legs est nul si l'objet légué tombe dans le lot de la femme, valable s'il tombe dans le lot des héritiers du mari, valable pour partie seulement si l'immeuble est divisé.

(*a*) Il y a un jugement du juge Tait, *Simmons* v. *Elliott*, M. L. R., 5 S. C., p. 182, confirmé par la cour d'appel, 20 R. L., p. 666, et 34 L.C. J., p. 336, portant que la femme peut en pareil cas instituer elle-même l'action, avec l'autorisation de son mari. Cependant, la cour d'appel est revenue sur cette jurisprudence dans la cause de *McFarran* v. *The Montreal Park and Island Ry. Co.*, citée plus haut.

(*b*) L'article 1423 du code Napoléon, correspondant, ne parle que du legs fait par le mari; les règles qu'il contient s'appliquent, à plus forte raison, à la femme, et nos codificateurs ont donné à notre article un sens littéral plus étendu.

L'article 1423 C. N. déclare que si l'objet légué ne tombe pas dans le lot des héritiers du testateur, le légataire peut en réclamer la valeur totale contre eux. Nos codificateurs n'ont pas reproduit cette disposition, et se sont contentés de renvoyer aux articles 882 et 883, déjà cités en mon tome 4, p. 368, et consacrant un autre système.

Le code a suivi un autre système: le legs est toujours valable, et s'exécute ou en nature [[pour le tout]], si l'objet légué tombe dans le lot des héritiers du mari (art. 882, 883, 1293), ou par équivalent [[de la part du mari]], c'est-à-dire au moyen d'une somme représentative de la [[moitié de la]] valeur de l'objet légué, s'il tombe dans le lot de la femme (art. 882).

[[Il me suffira d'indiquer ce principe ici et de renvoyer à mon tome 4, pp. 373 et suiv., pour les développements qu'il comporte.]]

Au cas où le mari a légué *tous les biens* de la communauté, le legs demeurera valable si la femme renonce à la communauté. Mais, si elle l'accepte, que décider alors? Le legs devra [[consister de la moitié de la communauté appartenant au mari. C'est ce qui résulte des termes mêmes de notre article 1293 (*a*).]]

[[Si la femme a légué un corps certain de la communauté, ce legs devra être traité comme celui qui est fait par le mari (art. 1293).]]

§ III. *De l'administration des biens personnels de la femme.*

La communauté, étant usufruitière des propres de la femme, est essentiellement intéressée à ce que ces biens soient conservés, améliorés et rendus de plus en plus productifs. C'est dans ce but que la loi confie au mari le soin d'administrer la fortune particulière de la femme: il y a là pour lui tout à la fois un droit et un devoir (*b*).

Mais son droit n'est pas aussi étendu que celui qui lui appartient sur les biens de la communauté. Son pouvoir est restreint à l'administration des biens, et il administre sous sa responsabilité, à la charge de rendre compte et d'indemniser la femme lorsqu'il ne gère pas en bon père de famille.

Quant aux biens *communs*, il peut tout, [[pourvu qu'il dispose en faveur de personne capable et qu'il agisse sans fraude.]] Quant aux biens *personnels de la femme*, il ne peut que ce qui lui est permis. Nous avons donc à rechercher ici, non plus les

---

(*a*) Cependant si la femme, après la mort du mari, accepte les conditions contenues dans son testament, par exemple, la rente viagère qu'il établit en sa faveur, alors le legs demeurera valable même pour la part de communauté de la femme : cour d'appel, *Roy & Gagnon*, 3 L. C. R, p. 145.

(*b*) La femme peut-elle, avec l'autorisation de la justice, toucher le produit de ses propres ou les aliéner ? Voy. note (*a*) *supra*, p. 198).

actes qui lui sont interdits, mais ceux qu'il peut faire. [[L'article 1298 les indique en ces termes:

1298. "Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme.

"Il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à sa femme.

"Il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme causé par défaut d'actes conservatoires (*a*)."

Ajoutons, pour constater une autre différence entre le droit d'administration que le mari possède à l'égard des biens de la communauté, et celui que la loi lui accorde sur les biens personnels de sa femme, que le mari peut, par le contrat de mariage, renoncer au droit d'administrer les biens personnels de sa femme sans porter atteinte aux droits qui lui appartiennent comme chef de l'association conjugale, alors qu'il ne pourrait renoncer au droit d'administrer les biens de la communauté (art. 1259). Le droit d'administrer les biens que la femme acquiert pendant le mariage, à titre de propres, et même la jouissance de ces biens, peuvent être retirés au mari par la donation ou le testament qui les donne à la femme (*b*).]]

I. Actions appartenant à la femme. — Peut-il les exercer? On distingue. Les actions sont *mobilières* ou *immobilières*. Les actions immobilières sont *pétitoires* ou *possessoires* (voy. l'explic. de l'art. 2192). L'article 1298 accorde au mari l'exercice des actions *mobilières* et des actions immobilières *possessoires*: donc la loi lui refuse l'exercice des actions immobilières *pétitoires*. Autrement, l'énumération restrictive qui se trouve dans le texte serait sans objet. Ainsi, tout ce qui sera jugé pour ou contre le mari dans un procès engagé, soit sur une action *mobilière*, soit sur une action *immobilière possessoire*, sera jugé pour ou contre la femme; mais, si le mari plaide au *pétitoire immobilier*, le jugement rendu pour ou contre lui sera, à l'égard de la femme, *res inter alios acta*, et, par conséquent, sans effet.

Toutefois, il est bien entendu que le mari peut agir, même au pétitoire immobilier, dans la limite du droit d'usufruit qui appartient à la communauté (1).

(*a*) C'est une copie textuelle de l'article 1428 du code Napoléon.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 127.

(1) Voy., en ce sens, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 509, p. 334, texte et note 29; M. Laurent, t. 22, nos 51, 149 et 150; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 129.]]

Le mari, qui peut exercer les actions mobilières, peut, *a fortiori*, recevoir le paiement des sommes dues et en donner valable quittance (*a*).

II. Aliénation des biens. — Le mari peut-il aliéner les biens de la femme? L'article 1298 nous répond: "*Il ne peut pas aliéner les immeubles sans le consentement de sa femme.*" On a critiqué cette formule; on a dit: "Elle n'exprime pas ce qu'elle paraît exprimer. En effet, grammaticalement, elle signifie que le mari ne peut pas transporter de lui à une autre personne la propriété des immeubles de sa femme. Or, ce principe est ridicule, à force de vérité. Il est évident qu'on ne peut pas transporter un droit qu'on n'a pas: *nemo dat quod non habet.* La pensée de la loi est celle-ci: La femme ne peut pas aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou de justice."

Nous n'acceptons point cette traduction. Voici, selon nous, la véritable pensée de la loi: Quant aux biens de la communauté, le mari est réputé avoir reçu de sa femme mandat de les aliéner, même pour la part de celle-ci (art. 1292). Quant aux biens propres de la femme, le mari est également réputé avoir reçu mandat de faire pour elle des actes très étendus d'administration, par exemple, d'exercer les actions immobilières possessoires. La loi passe ensuite aux actes d'aliénation, et dit: *Le mari ne peut pas aliéner les immeubles de sa femme sans le consentement de celle-ci.* A notre avis, c'est comme si elle disait: Le mari n'a pas mandat légal d'aliéner les immeubles de la femme, mais la femme peut pendant le mariage lui donner mandat d'aliéner.

[[Quoi qu'il en soit de la véritable pensée de la loi, il est certain que le mari ne peut vendre de lui-même — et sans un mandat de sa femme — les immeubles de celle-ci, car, outre la prohibition de l'article 1298, il vendrait la chose d'autrui et la vente serait nulle (art. 1487) (*b*). Il est également clair que la femme ne peut elle-même vendre sans l'autorisation de son mari ou de la justice.

(*a*) Le juge Torrance, dans une cause de *Minto* v. *Foster*, M. L. R., 1 S. C., p. 172, a décidé que le mari ne pouvait intenter en son nom l'action en recouvrement d'une somme de deniers, léguée à son épouse commune en biens comme aliments, et avec la condition que le mari n'en aurait point le contrôle.

(*b*) Les exceptions à ce principe que consacrent les articles 1488 et 1489 ne s'appliquent pas à l'espèce, sauf peut-être celle où le vendeur devient ensuite propriétaire de la chose, ce qui, dans le cas du mari, ne pourrait se faire que par suite d'événements subséquents au mariage.

Mais si le mari vend sans mandat de sa femme et avec garantie un immeuble propre de celle-ci, la femme peut-elle revendiquer l'immeuble et évincer l'acheteur? En d'autres termes l'exception de garantie que possède l'acquéreur, peut-elle paralyser la revendication de la femme?

Le droit de revendication de la femme ne souffre aucune difficulté si elle renonce à la communauté, car alors, que l'obligation de garantir l'acquéreur tombe dans la communauté ou n'y tombe pas, la femme y est entièrement étrangère.

Mais il y a beaucoup plus de difficulté dans l'hypothèse inverse de l'acceptation de la femme, et la question de savoir si la femme peut alors revendiquer l'immeuble vendu était controversée sous l'ancien droit et elle l'est encore davantage dans le droit français moderne. Pothier même ne l'a pas toujours envisagée de la même manière. Ainsi, dans son *Traité de la vente*, n° 179, il a enseigné que l'obligation de garantie qu'assume le mari, quand il vend sans le consentement de sa femme un immeuble propre à celle-ci, tombe dans la communauté, et, partant, que la femme, qui accepte la communauté, se trouve exclue pour moitié de cette revendication, à moins qu'elle n'offre d'abandonner tous les biens qu'elle a eus de la communauté, après en avoir fait bon et loyal inventaire.

Cependant, dans son *Traité de la communauté*, n° 253, l'éminent jurisconsulte est revenu sur cette opinion. Après mûre réfléxion il s'est convaincu que l'obligation de garantie du mari, dans ce cas, ne tombe pas dans la communauté. C'est de la loi, dit-il, que le mari tient sa puissance sur la personne et les biens de sa femme et le droit de contracter tant pour lui que pour elle, et de la rendre, en sa qualité de commune, participante de toutes les obligations qu'il contracte, sans avoir pour cela besoin de son consentement. Mais la loi n'accorde ce droit au mari, qu'à la charge expresse qu'il ne pourra vendre les héritages de sa femme sans son consentement. Donc la loi excepte cette vente de la généralité des contrats qu'elle autorise le mari, en qualité de chef de la communauté, à faire tant pour lui que pour sa femme, sans avoir besoin du consentement de celle-ci (*a*). Donc, lorsque le mari vend l'héritage propre de sa femme sans son consentement, il ne peut être censé avoir contracté tant pour lui que pour sa femme, ni, partant, avoir assumé, pour lui et sa femme, l'obligation de garantie que le contrat renferme. Cette obliga-

---

(*a*) La cour d'appel, dans une cause de *Archambault & Blumhart*, 30 L. C. J., p. 51, a décidé que la vente par le mari des biens personnels de la femme sans son consentement, constitue une nullité de droit.

tion, par conséquent, n'incombe qu'au mari et non pas à la communauté, et celle-ci n'est tenue, en cas d'éviction, qu'à la restitution du prix qu'elle a reçu. Donc la femme, quoiqu'elle ait accepté la communauté, peut revendiquer son héritage propre, en offrant seulement à l'acquéreur la restitution de la moitié du prix, sauf à lui, à répéter l'autre moitié ainsi que les dommages-intérêts contre les héritiers du mari.

Il y a au moins cinq systèmes sur cette question dans le droit français moderne.

D'après le premier système on enseigne que la femme acceptante ne peut revendiquer que pour la moitié de l'immeuble vendu. C'était la première opinion de Pothier.

Dans le deuxième, on soutient, au contraire, que la femme peut revendiquer pour le tout, en payant sa part du prix et des dommages-intérêts.

Le troisième système reconnaît également à la femme le droit de revendiquer pour le tout, en payant seulement la moitié du prix, sauf à l'acquéreur à recourir contre les héritiers du mari pour l'autre moitié et les dommages-intérêts. C'était la seconde opinion de Pothier.

Le quatrième système est encore plus favorable à la femme à qui il accorde la répétition, sans obligation de contribuer ni au remboursement du prix ni au paiement des dommages-intérêts.

Enfin, d'après le cinquième système, on enseigne que l'obligation de garantie tombe dans la communauté et regardant cette obligation comme indivisible, on conclut que la femme ne peut, même pour moitié, évincer l'acquéreur (*b*).

C'est le premier et le second de ces systèmes qui réunissent le plus de suffrages en France, le partage d'avis étant à peu près égal. Le troisième système, qui paraît avoir dominé dans l'ancien droit, mais qu'on avait presque abandonné dans le nouveau, a reçu tout dernièrement l'adhésion de M. Huc (*a*), et c'est aussi à ce système que se rallie, sauf quelques réserves, le Répertoire de Fuzier-Herman (*c*). Quant au quatrième système, il n'est enseigné que par M. de Folleville.

Le cinquième système se distingue des autres, qui reconnaissent tous, dans une mesure plus ou moins grande, le droit de revendication de la femme acceptante, en ce qu'il repousse

---

(*a*) Voy. Fuzier-Herman, Répertoire, vo. *Communauté conjugale*, nos 1369 et suiv., où sont cités les auteurs qui ont soutenu ces divers systèmes.

(*b*) Tome 9, nos 187 et suiv.

(*c*) *Eodem verbo*, nos 1375 et suiv. L'article du Répertoire est de MM. L. et A. Mérignhac.

entièrement cette revendication. Il est enseigné par MM. Colmet de Santerre et Baudry-Lacantinerie (*a*).

D'après ce système, l'obligation de garantie que le mari assume par la vente est, comme toutes les dettes du mari, à la charge de la communauté (art. 1280, 2°), et si la femme accepte la communauté, cette obligation lui incombe pour moitié, comme toutes les autres dettes de la communauté. Or l'obligation de garantie est indivisible et il en résulte que la femme la doit en entier. Il s'ensuit donc que la femme acceptante ne pourra jamais évincer l'acquéreur, car *qui doit garantir ne peut évincer.* Mais la femme ne peut accepter la communauté ni la répudier qu'après sa dissolution. Donc, puisqu'elle ne peut revendiquer l'immeuble qu'après avoir renoncé à la communauté et qu'une renonciation anticipée serait nulle, il est clair que, quoique le mari ait vendu sans droit, l'acheteur ne peut être inquiété pendant l'existence de la communauté et ne pourra l'être après sa dissolution que si la femme renonce à la communauté (*b*).

Cette argumentation est assurément séduisante, mais elle ne me convainc pas. Son point de départ — que l'obligation de garantie contractée par le mari en vendant l'immeuble de sa femme sans son consentement tombe en communauté — me paraît erronée, et s'il en est ainsi tout croule. Je crois que le mari, violant la défense formelle de la loi (art. 1298, al. 3) n'engage nullement la communauté pas plus qu'il ne peut parler en son nom. Comme le fait observer très judicieusement M. Huc (*c*), " cet article ne peut avoir pour but de déclarer, fort inutile-" ment, que la vente par le mari d'un propre de la femme, serait " nulle. Il a eu pour but, ce qui est bien différent, d'indiquer " que cette vente serait sans influence sur la consistance passive " de la communauté ; c'est-à-dire, que les dettes pouvant en " résulter resteraient personnelles au mari et ne tomberaient " pas en communauté." J'ajouterai que les pouvoirs, tout étendus qu'ils sont, du mari ne lui permettent pas de disposer des biens de la communauté en fraude de sa femme (art. 1292). Or la vente de l'immeuble de sa femme sans son consentement, ne constitue-t-elle pas une fraude envers la femme, s'il est vrai

---

(*a*) On trouvera tous les renvois dans le Répertoire de Fuzier-Herman, *loco citato. Junge* M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage,* t. 1er, n° 753.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis,* t. 3, n° 132 ; *Contrat de mariage,* t. 1er, nos 793 et et suiv.

(*c*) Tome 9, n° 188.

qu'elle ne peut le revendiquer sans renoncer à la communauté? Et si le mari ne peut disposer d'un conquet de communauté en fraude de sa femme, en vertu de quel principe lui permettrait-on de disposer frauduleusement de l'immeuble propre de la femme (*a*)? Je crois donc que l'obligation de garantie ne tombe pas en communauté et conséquemment, qu'elle soit ou non indivisible, je suis d'avis qu'elle ne paralyse pas la revendication de la femme acceptante.

Mais la femme acceptante devra-t-elle la restitution de la moitié du prix? Evidemment, car ce prix est entré dans la communauté et la femme ne peut s'enrichir aux dépens de l'acquéreur. Et elle la doit, non à cause de la vente nulle à son égard, mais uniquement en vertu de ce principe d'équité.

Je crois également que la femme autorisée par son mari ou par justice, peut exercer sa revendication même durant la communauté, car l'exercice de cette revendication ne dépendant pas de son acceptation ou de sa renonciation, elle ne fait pas option prématurément en l'exerçant avant la dissolution de la communauté (*b*).

Le mari peut-il aliéner les propres mobiliers de sa femme sans le consentement de celle-ci?

L'affirmative était enseignée dans l'ancien droit sur le principe que les meubles réalisés tombent dans la communauté (*c*), et que les propres mobiliers de la femme étaient généralement estimés, ce qui emportait aliénation. Cette opinion a également trouvé faveur auprès d'un certain nombre d'auteurs qui ont écrit depuis le code Napoléon. Cependant la plupart des commentateurs de ce code et la jurisprudence française la plus récente dénient au mari la faculté d'aliéner les propres mobiliers de sa femme, sauf quant aux objets qui se consomment par le premier usage, ou qui par leur nature sont destinés à être vendus, c'est-à-dire les propres mobiliers imparfaits de la femme (*d*).

(*a*) Je ne veux pas abuser de cet argument, car je sais bien qu'il peut y avoir intention frauduleuse chez le mari sans que l'acquéreur soit *particeps fraudis*, ce qui écarterait l'action paulienne. Mais, même en envisageant l'acte sous ce point de vue, peut-on soutenir que l'acquéreur a été de bonne foi en achetant du mari un immeuble de la femme, sans le consentement de celle-ci ?

(*b*) Comp. M. Huc, n° 189.

(*c*) Je contesterai ce principe plus loin.

(*d*) Voy. pour l'indication des auteurs et des arrêts pour et contre, M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. 1er, p. 585, notes 4 et 5. *Junge*, dans le sens de la majorité des auteurs, M. Huc, t. 9, n° 183. Voy. aussi Fuzier-Herman, sur l'art. 1488, nos 62 et 63.

Dans la cause de *Véronneau* v. *Véronneau*, R. J. Q., 3 C. S., p. 199, et pp. 207 et suiv. du rapport, le juge Pagnuelo a exprimé l'opinion que l'article 1298 confère virtuellement au mari le droit d'aliéner les propres mobiliers de sa femme. Les raisons qu'il invoque sont celles données par les dissidents en France. Je les discuterai brièvement.

1° Le droit de poursuite est inséparable du droit d'aliénation; or l'article 1298 en conférant au mari le pouvoir d'exercer seul les actions mobilières de sa femme, lui confère implicitement le droit d'aliéner son mobilier.

Je crois qu'on peut répondre avec M. Huc (*loc. cit.*) que le droit d'intenter une action n'emporte pas nécessairement celui de disposer de l'objet de cette action. Ainsi le tuteur exerce toutes les actions du mineur (art. 304), mais il ne peut transiger sur ces actions sans y être spécialement autorisé (art. 306); de même l'exécuteur testamentaire peut poursuivre le paiement des créances de la succession (art. 919), mais il ne saurait les céder. J'ajouterai que le mari exerce les actions mobilières et personnelles de sa femme non comme propriétaire mais comme administrateur (argument tiré du 1er alinéa de l'art. 1298); et si son titre d'administrateur ne l'autorise pas à faire des actes de disposition, question que je vais examiner, on ne peut tirer cette conclusion de l'exercice par lui des actions mobilières et personnelles de sa femme.

2° Le mari est l'administrateur de tous les biens de sa femme, d'où résulte qu'il peut aliéner ses biens meubles, cette aliénation étant la conséquence de son pouvoir d'administrer.

Ceci est vrai en ce qui se rapporte aux propres mobiliers imparfaits de la femme, c'est-à-dire les choses qui se consomment par le premier usage ou qui par leur nature sont destinées à être vendues, et tout le monde admet que le mari peut les aliéner, sauf le droit de la femme d'en réclamer la valeur à la dissolution de la communauté. On enseigne encore qu'il en est de même quant aux meubles qui ont été estimés par le contrat de mariage, car l'estimation vaut vente. Mais on ne saurait accueillir cette règle d'une manière absolue à l'égard de choses qui ne rentrent pas dans ces catégories. Il n'est pas, en effet, exact de dire, comme principe général, que l'administrateur ou mandataire général peut aliéner. Le contraire résulte des termes mêmes de l'article 1703. Je crois même qu'il serait plus exact de dire, comme règle générale, que l'administrateur ne peut aliéner que si pouvoir exprès lui en est donné, soit par la loi, soit par le titre en vertu duquel il agit, et ceci est vrai du tuteur, de l'exécuteur testamentaire, et même du mari sous le régime de l'exclusion de communauté (art. 1417, 1419).

Mais on cite l'article 1318 comme établissant la règle que l'administrateur peut aliéner, puisqu'aux termes de cet article, la femme séparée de biens reprend la libre administration de ses biens et peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Mais outre qu'il y a des doutes sur la question de savoir si cette disposition peut l'emporter sur celle plus restrictive de l'article 177 (*a*), il y a des différences marquées entre les deux cas. La femme séparée de biens est propriétaire de son mobilier, et il n'y avait qu'une question de *capacité* à trancher à son égard. Le mari, au contraire, n'est pas propriétaire, et pour déterminer s'il peut aliéner le mobilier de sa femme, c'est-à-dire, la chose d'autrui, il faut résoudre une question de *pouvoir* (*b*).

3° L'article 1298 ne défend au mari l'aliénation que des immeubles de sa femme, donc il lui confère implicitement le droit de disposer du mobilier.

Cet argument *a contrario* serait concluant s'il nous ramenait au droit commun au lieu de consacrer une dérogation à ce droit. En d'autres termes, lorsqu'un texte autorise un acte qui autrement serait illégal, on peut argumenter *a contrario* que tous les actes non compris dans cette disposition sont illicites, car ainsi on revient au droit commun. Mais la disposition défendant au mari d'aliéner les immeubles de sa femme est conforme au droit commun, et on ne peut s'en autoriser pour dire que le législateur a entendu lui permettre un acte qui serait contraire aux principes généraux qui régissent le mandat même légal.

Je crois donc que nous pouvons suivre sur cette question l'opinion qui prévaut en France. J'ajouterai, cependant, que la vente faite par le mari d'un propre mobilier parfait de sa femme serait légale dans les cas où la vente de la chose d'autrui est définitive. Voy. les articles 1488, 2268.]]

III. Actes conservatoires, réparations.—On distingue. Quant aux *réparations d'entretien*, le mari peut et doit les faire, non pas comme administrateur des biens de la femme, mais comme usufruitier: car ces réparations sont charge de la jouissance; et, cette jouissance appartenant à la communauté, c'est elle qui supporte la dépense. La femme n'a aucune indemnité à payer. Quant aux *grosses réparations*, il peut et doit les faire, mais seulement comme mandataire de la femme: car ces réparations sont charge, non pas de fruits, mais des capitaux. La femme devra donc récompense à la communauté si celle-ci en fait l'avance.

(*a*) Voy. mon tome 1er, p. 522.

(*b*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, p. 588.

IV. Actes interruptifs de prescription. — Lorsqu'une action appartenant à la femme est sur le point d'être prescrite, il est du devoir du mari de l'exercer afin de la conserver; s'il ne le fait pas, il manque à son devoir, il est en faute, et, par conséquent, responsable.

S'il néglige d'exercer une action possessoire dans l'année du trouble, la femme perd l'avantage attaché à la possession: elle souffre donc par la faute de son mari. En conséquence, indemnité lui est due.

Quant aux actions pétitoires, il ne peut pas (1) en interrompre la prescription, puisqu'il n'a pas qualité pour les exercer. Si donc la prescription s'accomplit contre la femme, celle-ci n'a point de recours contre son mari.

Toutefois, le mari est tenu, en sa qualité d'usufruitier, d'avertir la femme que ses immeubles sont possédés par un tiers et sur le point d'être prescrits (art. 476). S'il ne le fait pas, il manque non pas à son devoir d'administrateur, mais à son devoir d'usufruitier, et c'est en cette dernière qualité qu'il est responsable.

V. Baux et locations des immeubles. — On distingue. *Le bail a été consenti par le mari et par la femme:* il est alors compètement obligatoire pour toutes les parties, pendant la communauté et après sa dissolution; il durera tout le temps stipulé (*a*). Cela résulte de l'article 1299, qui ne limite la durée du bail que pour le cas où il a été consenti par le mari *seul*.

[[Cet article se lit comme suit:

1299. " Les baux que le mari fait seul des biens de sa femme " ne peuvent excéder neuf ans; elle n'est pas obligée, après la " dissolution de la communauté, d'entretenir ceux qui ont été " faits pour un plus long temps (*b*).]]

---

(1) Du moins en ce qui touche la propriété: car il est généralement admis que le mari peut agir au pétitoire dans la limite du droit d'usufruit qui appartient à la communauté sur les propres de la femme (voy. *supra*, p. 222).

(*a*) Il en sera de même du bail que la femme a consenti avant d'entrer en communauté, c'est-à-dire avant le mariage. Seulement, dans toute poursuite intentée par le locataire relativement à ce bail, le mari devra être mis en cause comme chef de la communauté, car la poursuite affecte non seulement l'immeuble, mais aussi les revenus: juge Loranger, *Styles* v. *Myler*, 11 L. N., p. 356.

(*b*) Cet article, conforme à l'ancien droit (voy. Pothier, t. 7, *Puissance du mari*, n[os] 93, 194), diffère de l'article 1429 du code Napoléon, en ce que, suivant le système de notre code, la femme, après la dissolution de la communauté, n'est pas obligée d'entretenir le bail fait pour plus de neuf ans, tandis que le code Napoléon divise ce bail en période de neuf années et le déclare valide pour la période de neuf années commencée lors de la dissolution de la communauté.

Le bail a été consenti par le mari seul: il est complètement obligatoire pour le preneur, pour le mari, et pour la communauté. Tant que celle-ci dure, les choses se passent comme si le bail avait été consenti par un véritable propriétaire. Mais, si le bail court encore quand cesse la communauté, cessera-t-il instantanément, ou durera-t-il tout le temps qui restait encore à courir au moment de la dissolution de la communauté? — L'un et l'autre système ont leurs dangers. Le premier enlève au mari le droit de faire des baux à de bonnes conditions: car, si le preneur n'est pas assuré de rester en jouissance pendant un certain nombre d'années déterminées, s'il est sans cesse menacé d'une rupture de bail, il sera bien peu disposé à traiter avec le mari, et, en supposant qu'il s'y décide, ce ne sera qu'à cause des avantages qui lui seront offerts par celui-ci, au préjudice de la communauté. Le second porte une atteinte très grave au droit de propriété qui appartient à la femme: car, si elle est tenue de respecter le bail consenti par le mari, quelque long qu'il soit, pendant trente, quarante, cinquante ans, on lui enlève une des plus belles prérogatives du droit de propriété, celle de jouir par soi-même. On gêne son droit d'aliéner, puisqu'un long bail est presque toujours un obstacle à l'aliénation des biens.

La loi a trouvé moyen de tout concilier. Si le bail ne dépasse pas neuf ans, il est complètement obligatoire pour la femme. S'il dépasse neuf ans, [[la femme n'est pas obligée de le maintenir après la dissolution de la communauté. Donc le preneur peut en toute sécurité accepter un bail de neuf ans. S'il insiste sur un plus long terme, le bail sera à ses risques, et il pourra se faire qu'il ne conserve pas sa jouissance même pendant les neuf ans qui lui auraient été assurés si le terme normal n'eût pas été prolongé, comme aussi il conservera peut-être sa jouissance pendant le terme stipulé, tout étendu qu'il est. Le système de notre code protège pleinement la femme, tout en permettant au preneur de stipuler du mari un bail qui subsistera aussi longtemps que durera le pouvoir d'administration de ce dernier (*a*).]]

Cette limitation du bail est établie uniquement dans l'intérêt de la femme: la femme peut donc y renoncer et ratifier le bail fait par le mari. Mais, de son côté, le preneur, qui n'est pas

(*a*) Le terme du bail a été limité à neuf ans, pour la raison que l'ancien droit regardait un bail pour un plus long terme comme un acte d'aliénation. Or, le mari ne peut aliéner les biens personnels de sa femme. Il s'ensuit qu'il ne peut consentir un bail emphytéotique, car ce bail emporte aliénation (art. 569).

tenu de rester sous une menace perpétuelle de cessation de bail, peut lui faire sommation de prendre parti à cet égard dans un certain délai.

Remarquons que la communauté a droit à une portion du prix du bail proportionnelle au temps qu'il a duré pendant qu'elle existait encore: car les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 451). Au jour de la dissolution de la communauté, on arrête le prix du bail: tout ce qui se trouve en deçà appartient à la communauté; tout ce qui reste à courir, à la femme ou à ses héritiers.

S'il a été convenu entre le mari et le preneur que celui-ci payera, non pas une somme d'argent, mais une portion des fruits qu'il recueillera, s'il s'agit d'un colonage, il faudra, pour déterminer les droits de la communauté, considérer l'époque de la perception: car les fruits naturels ne s'acquièrent que par la perception (art. 450). Les fruits perçus durant la communauté seront acquis au colon et à la communauté; ceux perçus après sa dissolution, au colon et à la femme.

Des renouvellements de bail par le mari. — Le mari peut-il renouveler quand bon lui semble, ou doit-il attendre la cessation du premier bail?

L'un et l'autre système ont encore leurs dangers.

Si le mari pouvait renouveler quand bon lui semble, et obligatoirement pour la femme, l'excellente règle de l'article 1299 serait facilement éludée. Soit un premier bail de neuf ans; le mari le renouvelle après une année d'existence, et la communauté se dissout le jour du renouvellement: voilà la femme obligée de souffrir la jouissance du preneur pendant les huit années qui restent à courir du premier bail, et pendant les neuf années du second; en tout, dix-sept années. Si l'on suppose un deuxième renouvellement, fait immédiatement après le premier, on aura un total de vingt-six années. L'article 1299 serait, par conséquent, éludé.

D'un autre côté, un administrateur habile ne doit pas attendre les derniers jours d'un premier bail pour le renouveler ou se procurer de nouveaux preneurs; autrement, il y aurait toujours un certain laps de temps de non-jouissance par bail ou location, par conséquent, privation momentanée de revenus.

La loi concilie tout, en permettant de renouveler le bail avant l'expiration du premier, mais à une époque peu éloignée de sa cessation. [[Voici, en effet, comment s'exprime l'article 1300:

1300. "Les baux de neuf ans et au-dessous, que le mari seul "a passés ou renouvelés des biens de sa femme, plus d'un an "avant l'expiration du bail courant, ne lient pas la femme, à

" moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolu-
" tion de la communauté (*a*).]]

Le bail, renouvelé dans [[*l'année*]] *qui précède le moment où il doit finir, est régulier; il est irrégulier* s'il est renouvelé avant cette époque (*b*). Le renouvellement régulier produit son effet et peut obliger la femme pour une période de neuf années. Peu importe que le deuxième bail ait reçu ou non un commencement d'exécution durant la communauté. De là il suit que la femme peut être tenue de souffrir la jouissance du preneur pendant [[*dix ans.*]] Soit un renouvellement pour neuf années, fait le premier jour de [[l'année]] qui précède la cessation du premier bail: si la communauté se dissout le jour même du renouvellement, le preneur aura un total de [[dix]] années, composé de [[l'année]] qui restait à courir du premier bail et des neuf années du second.

Si le renouvellement est irrégulier, sera-t-il absolument sans effet? La loi distingue: il ne reçoit aucun effet si le premier bail durait encore à l'époque de la dissolution de la communauté; mais il est obligatoire pour la femme, dans les limites de l'article 1299, s'il a reçu un commencement d'exécution durant la communauté.

§ IV. *Des remplois.*

[[Par *remploi* on entend le remplacement d'un propre par un autre. Cette hypothèse se rattache à celle prévue par l'article 1278 que j'ai expliqué *suprà*, p. 158, c'est-à-dire, le cas d'un immeuble acquis pendant le mariage, à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des époux, lequel immeuble n'entre pas en communauté. Dans cette dernière hypothèse il y a substitution immédiate d'un propre à un autre; dans le cas du remploi, au contraire, la substitution n'est que médiate,

---

(*a*) L'article 1430 du code Napoléon, correspondant, ne diffère de notre article, qui est à peu près conforme à l'ancien droit, que par l'époque qu'il fixe pour le renouvellement, savoir, trois ans avant l'expiratien du présent bail, s'il s'agit de biens ruraux, et deux ans, s'il s'agit de maisons.

(*b*) Ainsi un bail pour neuf ans, avec la stipulation que le locataire aurait un renouvellement pour neuf autres années, à certaines conditions, serait irrégulier, et la résiliation pourrait en être demandée quant au second terme : cour de revision, *Président et Syndics de la Commune de Laprairie* v. *Bissonnette*, M. L. R., 4 S. C., p. 414.

car le propre a été d'abord converti en argent, puis on a acquis avec cet argent un immeuble qui remplace l'autre.

Comme nous le verrons plus loin, le remploi est *facultatif*, ou *obligatoire.*]]

Lorsqu'un bien propre a été aliéné moyennant un prix, il faut, pour régler les droits de l'époux aliénateur, distinguer trois cas:

1° *Le prix n'est pas payé.* — La créance du prix reste propre à l'époux aliénateur: car elle a été acquise en échange d'un propre. La communauté en a l'usufruit, comme elle avait l'usufruit du bien qui a été aliéné.

2° *Le prix a été payé.* — La communauté en acquiert l'usufruit, et par conséquent la propriété: car le quasi-usufruit d'une somme d'argent opère toujours translation de propriété au profit de l'usufruitier. Mais la communauté doit récompense à l'époux aliénateur. Celui-ci acquiert donc, en échange de son propre, une créance contre la communauté. [[L'article 1303, qui règle cette question, s'exprime dans les termes suivants:

1303. " S'il est vendu un immeuble ou autre objet propre " à l'un des époux, et que le prix en soit versé dans la commu- " nauté, sans qu'il en soit fait emploi, ou si elle reçoit " quelqu'autre chose appartenant exclusivement à l'un d'eux, " il y a lieu, en faveur de l'époux propriétaire, au prélèvement " du prix de l'objet ou de la valeur de la chose ainsi tombée " dans la communauté (*a*).]]

3° *Le prix a été employé à l'acquisition d'un autre bien destiné à prendre la place du propre aliéné.* — Il y a alors *remploi*, c'est-à-dire *acquisition d'un propre avec l'argent provenant de l'aliénation d'un autre propre.*

L'immeuble nouvellement acquis est subrogé au lieu et place du propre aliéné. Mais cette subrogation, à quelles conditions a-t-elle lieu?

Il faut, à cet égard, distinguer si le propre aliéné appartenait au mari, ou s'il appartenait à la femme.

[[*Il appartenait au mari.* — Dans ce cas, l'immeuble acquis sera subrogé au propre aliéné si, *dans l'acte d'acquisition*, le mari déclare: ou bien qu'il fait cette acquisition des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était propre, ou bien qu'il la fait pour lui tenir lieu de remploi. C'est du reste ce que décrète l'article 1305 en ces termes: —

(*a*) Cet article reproduit, quoique sous une forme différente, la disposition de l'article 1433 du Code Napoléon, et est d'accord avec l'ancien droit.

1305. " Le remploi est parfait à l'égard du mari toutes les " fois que, lors de l'acquisition, il a déclaré qu'il la faisait des " deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était " propre, ou pour lui tenir lieu de remploi " (*a*).

Donc l'une ou l'autre de ces déclarations suffira, mais elle devra être faite dans l'acte même d'acquisition. A défaut de telle déclaration,]] l'immeuble acquis, l'eût-il été en réalité avec les deniers provenus de l'aliénation du propre, tombe dans la communauté: le mari ne peut pas après coup en faire un propre. Autrement, que serait-il arrivé? Le mari se le fût rendu propre ou l'eût laissé à la communauté, selon qu'il se fût amélioré ou déprécié depuis l'acquisition.

Il appartenait à la femme. — L'article 1306, combiné avec l'article 1305, exige, pour qu'il y ait remploi, d'une part, la déclaration dont nous venons de parler; d'autre part, l'acceptation de la femme (*b*).

(*a*) Ce n'est que par la substitution de la particule "*ou*" à la particule "*et*"—mais il y a là une différence essentielle—que notre article diffère de l'article 1434 du Code Napoléon. Donc, dans notre droit, l'une ou l'autre de ces déclarations suffit; dans le droit français moderne, au contraire, lés deux déclarations sont exigées cumulativement. Cette question était controversée dans l'ancien droit, et nos codificateurs ont adopté l'opinion de Pothier, *Communauté*, n° 198, tandis que le code Napoléon s'est rallié à l'avis de Renusson, Lebrun et Duplessis. Puisqu'on admet, dans le droit français, que les deniers employés ne doivent pas être identiquement les mêmes que ceux qui sont provenus de l'aliénation du propre (M. Baudry-Lacantinerie, n° 64), on ne voit pas pourquoi on exigerait la double déclaration. De fait, MM. Aubry et Rau (t. 5, § 507, pp. 303 et 304, notes 68 et 70), enseignent qu'il suffirait de déclarer que l'immeuble est acquis pour servir de remploi.

(*b*) Cet article 1306 se lit ainsi qu'il suit:

1306. " La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers " provenus de l'immeuble vendu par la femme, et pour lui servir de " remploi, ne suffit pas, si ce remploi n'a été formellement accepté par " la femme, soit par l'acte d'acquisition même, soit par tout acte subsé- " quent fait avant la dissolution de la communauté."

Cet article règle une question controversée sous l'ancien droit, savoir, si l'acceptation de la femme ne devrait pas se faire lors de l'acquisition même et par l'acte qui la contient. L'article 1435 du code Napoléon, correspondant, est muet sur cette question. Nos codificateuts ont adopté l'avis des auteurs qui tenaient que le remploi peut être accepté par la femme jusqu'à la dissolution de la communauté.

On remarquera qu'ici le législateur se sert de la particule "et", ainsi que le fait l'art. 1434 C. N., mais il n'y a point là contradiction entre notre article 1306 et celui qui le précède. C'est tout comme si on disait: " quand même le mari déclarerait que l'acquisition est faite des deniers " provenant de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de " remploi, cette double déclaration ne suffira pas si le remploi n'a pas " été accepté par la femme."

L'acceptation ne se présume point: la loi veut qu'elle soit *formellement exprimée*. Mais elle peut être faite verbalement ou par écrit. L'écrit, si on en dresse un, peut être en la forme authentique ou sous seing privé.

Il n'est point nécessaire que l'acceptation intervienne au moment même de l'acquisition; elle peut avoir lieu *ex intervallo* (*a*). La femme ne peut pas, en effet, être contrainte de faire inopinément, et à l'instant même, une option qui, par la gravité des intérêts qu'elle engage, exige, de sa part, beaucoup de réflexion et une grande prudence. Ce ne sera que lorsque la valeur de l'immeuble sera bien établie à ses yeux qu'elle pourra se décider en parfaite connaissance de cause. Il importe donc qu'elle se renseigne sur ce point, ce qui implique la nécessité d'un délai. Mais la latitude qu'on lui accorde ne saurait être indéfinie: le droit d'accepter expire *avec la communauté*. [[On le voit, la disposition formelle de notre article 1306 est conforme à la doctrine française.

Mais notre article, ayant expressément accordé à la femme délai pour se prononcer jusqu'à la dissolution de la communauté, nous permet de repousser une solution fort peu équitable que quelques auteurs adoptent dans le droit français moderne, en décidant que le mari peut mettre sa femme en demeure de prendre parti dans un délai fixé à cet effet (*b*). Ce serait permettre au mari de choisir à son gré le moment de presser la femme d'opter, et d'abuser de son influence pour lui imposer cette option dans le temps où elle pourra le moins juger des chances de gain et de perte. La femme peut donc choisir le temps qui lui convient, à la condition de faire son option avant la dissolution de la communauté.

Il me reste à examiner une question à la fois grave et très controversée, et le lecteur me saura gré de le faire aussi brièvement que possible (*c*). Il s'agit de savoir si, lorsque le mari

---

(*a*) Mais la déclaration du mari ne peut être faite que par l'acte d'acquisition même: juge Casault, *Ross* v. *Têtu*, 6 Q. L. R., p. 254. Si la femme déclare dans l'acte d'acquisition que l'immeuble est acheté de ses propres deniers, cette déclaration est suffisante pour la rendre propriétaire de cet immeuble: juge Tait, *Kennedy* v. *Stebbins*, 34 L. C. J., p. 286, et M. L. R., 6 S. C., p. 456.

(*b*) M. Labbé, *Dissert. sur les effets de la ratific. des actes d'un gérant d'affaires*, p. 89.—Voy. aussi Mourlon, *Traité de la Transcription*, t. 1er, pp. 148 et 152, et n° 155 de *Ses Répétitions*.—*Contrà*, M. Laurent, t. 21, n° 375.

(*c*) Mourlon consacre plusieurs pages à la discussion de cette question, mais je crois qu'on peut en faire un exposé plus succinct.

déclare qu'il a acquis un immeuble des deniers provenant de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi, et que subséquemment la femme accepte ce remploi, il y a double opération: acquisition pour le compte de la communauté, et offre de *datio in solutum* de l'immeuble à la femme en paiement de sa créance contre la communauté, de telle sorte que les droits de la femme ne compteraient que de l'acceptation de cette offre, laquelle pourrait être révoquée tant que cette acceptation n'aurait pas eu lieu et le serait tacitement par la vente que le mari ferait de l'immeuble; de telle sorte encore que la femme ne prendrait l'immeuble que grevé des charges que le mari aurait consenties avant l'acceptation de la femme. Ou bien, n'y a-t-il pas là une seule opération: achat par le mari pour le compte de sa femme comme son gérant d'affaires, de telle sorte que le mari ne pourrait révoquer sa déclaration de remploi, que l'acceptation de la femme produirait un effet rétroactif au jour de l'acquisition et que les charges consenties par le mari s'évanouiraient par l'effet de cette acceptation?

Ces deux systèmes sont enseignés en France, et il y a de plus un troisième système d'après lequel la déclaration de remploi constituerait une offre de la part du mari que ce dernier pourrait révoquer expressément ou tacitement, tant que la femme ne l'aurait point acceptée, mais ce serait une offre du mari de subroger la femme en son lieu et place, de telle sorte qu'il n'y aurait qu'une seule opération, que l'acceptation de la femme aurait un effet rétroactif et entraînerait la résolution des hypothèques et autres charges — sauf la vente qui serait une révocation tacite de l'offre de subrogation — consenties par le mari (*a*).

Je crois devoir adopter le deuxième système, qui était celui de l'ancien droit. En effet Pothier (*Communauté*, n° 200) enseignait que la déclaration de remploi du mari devait être faite par le contrat même d'acquisition, ce qui me paraît indiscutable; que la femme pouvait accepter ce remploi subséquemment au contrat, ce que porte notre article 1306; qu'en attendant l'acceptation de la femme, la déclaration faite par le mari, dans le contrat d'acquisition, tient en suspens l'état et la qualité de l'héritage; que si la femme ratifie la déclaration de remploi, cette ratification aurait, comme toutes les ratifications, un effet rétroactif, *ratihabitio mandato comparatur*, et

(*a*) Pour l'énumération des auteurs qui ont embrassé ces divers systèmes, voy. Fuzier-Herman, sur l'art. 1435 C. N., n°s 17 et s.

l'héritage sera censé avoir été, dès l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu de remploi de la femme, et avoir toujours été propre de subrogation.

Cela étant, il s'ensuit que la femme prendra l'immeuble libre de toute charge consentie par le mari, que ce dernier ne pourrait révoquer sa déclaration de remploi (*a*), et que la vente qu'il ferait de l'immeuble ou qu'on en ferait sur lui, serait résolue par l'acceptation de sa femme (*b*). Il est clair donc qu'il n'y a en tout cela qu'une seule et même opération, et que lorsque le gouvernement prélève des droits de mutation (*c*), un seul droit sera dû.

Si la femme refuse d'accepter le remploi ou ne l'accepte pas avant la dissolution de la communauté, l'immeuble sera censé avoir toujours été conquêt de communauté et les charges ou aliénations consenties par le mari seront valides. Pothier (*loco citato*) enseignait qu'au cas de refus de la femme, celle-ci aurait, sur ce conquêt, une hypothèque privilégiée pour le remploi dont elle est créancière. Il me paraît très douteux que la femme puisse réclamer une telle hypothèque légale en vertu de l'article 2029, et à tout événement il faudrait un enregistrement spécial (art. 2026).]]

Nous savons ce que c'est que le remploi, à quelles conditions sa validité est subordonnée, et enfin quels effets il produit. Terminons par quelques détails.

Aux termes de nos articles 1305 et 1306, l'acte passé en vue du remploi doit contenir la déclaration que l'acquisition qui y est décrite est faite " des deniers *provenus de l'aliénation du propre à remplacer*... (*d*) ". Si nous prenions cette disposition au pied de la lettre, nous serions obligés d'en conclure:

1° Que le remploi n'est valable qu'autant que le prix de la nouvelle acquisition est payé avec *les mêmes pièces de monnaie qui ont servi au paiement du prix du propre aliéné*, et qu'ainsi il ne peut pas avoir lieu quand elles ont été versées dans la caisse de la communauté, et si bien mêlées à d'autres fonds

---

(*a*) Cela est évident ; le gérant d'affaires, lorsqu'il a terminé sa gestion—et le mari termine sa gestion par la déclaration de remploi—ne peut plus détruire ce qu'il a fait.

(*b*) Les tiers, mis sur leurs gardes par la déclaration de remploi, ne peuvent se plaindre de cette résolution, à laquelle ils pouvaient s'attendre.

(*c*) Les droits de mutation sont actuellement abolis en cette province.

(*d*) Nous avons vu qu'il suffit de déclarer que l'immeuble a été acquis pour servir de remploi.

qu'il est désormais impossible de les reconnaître. — Ce rigorisme n'a été accepté par personne. La pensée de la loi, a-t-on dit, n'est point douteuse. Tout ce qu'elle veut, c'est que l'immeuble nouvellement acquis soit payé avec le *prix* provenant du propre aliéné. Dans l'espèce, le prix du propre à remplacer, c'est *la somme dont la communauté est débitrice envers l'époux aliénateur.* Or, la communauté lui doit, non point identiquement les mêmes écus qu'elle a reçus, mais une somme égale en valeur à celle qu'elle a reçue (1).

2° Qu'on ne peut point acquérir un propre avec les deniers provenus d'une source de propres autre que l'aliénation d'un bien personnel à l'un des époux, et, par exemple, avec des deniers donnés ou légués sous la condition qu'ils ne tomberont point dans la communauté du donataire ou légataire.—Quoique admise par de bons esprits, cette interprétation judaïque n'a point prévalu. Qu'importe, a-t-on dit, que la valeur avec laquelle on paie le prix de l'immeuble qu'on acquiert soit propre pour telle cause ou pour telle autre, pourvu qu'elle le soit? Si dans l'article 1305 la loi ne parle que des deniers provenus de l'aliénation d'un propre, c'est que ce cas, étant le plus fréquent, a seul attiré son attention (voy. Pothier, *Comm.*, n° 198). L'article 1357 lève d'ailleurs tous les doutes, lorsqu'il dit en termes généraux qu'à la dissolution de la communauté chaque époux prélève *ses propres ou les biens qui ont été acquis en remploi* (2).

3° Que le remploi ne peut point être effectué *par anticipation,* c'est-à-dire en vue de l'emploi de deniers *à provenir* d'une aliénation projetée, mais non encore réalisée. J'achète un immeuble; l'acte par lequel je l'acquiers porte que je l'achète pour prendre la place d'un tel propre que je me propose de vendre et dont, par avance, je délègue le prix à mon vendeur, qui, en effet, le touche peu après. — A ne consulter que les termes de notre article 1305, ce remploi ne serait point valable; mais ici encore l'esprit de la loi a prévalu sur son texte. Il est évident, a-t-on dit, qu'en prévoyant spécialement l'hypothèse sur laquelle elle statue, elle n'a fait que prévoir et régler le *plerumque fit* (3).

L'immeuble acquis en remploi est propre *pour le tout,* même au cas où le prix qu'il a coûté dépasse le prix de l'immeuble qu'il remplace. Toutefois, si la somme payée en plus était

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, pp. 302 et 303, note 66 ; M. Laurent, t. 21, n° 362.

(2) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, p. 309, note 88. *Contrà*, M. Laurent, t. 21, n° 363.

(3) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, p. 302, note 64; M. Laurent t. 21, n° 361.

considérable, il ne serait propre alors que dans la mesure de ce prix; la communauté l'acquerrait pour le surplus. Tel était l'avis de Pothier (*Comm.*, n° 198). L'esprit de la loi y est conforme (voy., ci-dessus, p. 167). Partant, nous le devons suivre (1).

En principe, le remploi est *facultatif.* Cela est vrai même en ce qui regarde les deniers provenant de l'aliénation des propres de la femme.

Il est *obligatoire* lorsque les époux en sont convenus par une clause de leur contrat de mariage.

En ce cas, le mari qui a touché le prix d'un propre de la femme, ou qui le peut toucher, *doit* l'employer à acquérir un nouvel immeuble et faire dans l'acte d'acquisition les déclarations prescrites par l'article 1305 pour la validité du remploi.

Ces déclarations ne suffisent point; il faut, en outre, que la femme accepte l'offre qu'elles impliquent. L'article 1306, ne distinguant point, régit, en effet, le remploi quel qu'il soit, obligatoire ou facultatif. — Toutefois, il est bien entendu que, si le remploi dont son mari lui fait l'offre est véritablement conforme à son intérêt et à son droit, elle pourra être judiciairement contrainte de l'accepter (2).

---

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, p. 309, note 86. *Contrà*, M. Laurent, t. 21, n° 381.

(2) Il se peut que le contrat de mariage porte qu'en cas qu'il soit aliéné des propres de la femme, *le premier immeuble que le mari achètera après cette aliénation sera subrogé au lieu et place des propres aliénés.* Dans cette hypothèse, le remploi a-t-il lieu *de plein droit,* même contre le gré de la femme et en l'absence des déclarations prescrites par l'art. 1306.

[[Mourlon accepte l'affirmative. Tout a été réglé par le contrat de mariage, dit-il, et le contrat de mariage est la loi des époux.

Je suis prêt à accueillir cette solution quant aux époux. La femme a donné un mandat à son mari et s'en est entièrement rapportée à lui pour le mode d'exécution de ce mandat. Partant, sauf le cas de fraude, elle ne peut se plaindre si l'immeuble acquis par son mari ne constitue pas une acquisition avantageuse.

Mais ce remploi ainsi effectué de plein droit peut-il être opposé par la femme aux tiers qui ont contracté avec le mari, le croyant propriétaire de l'immeuble acquis?

Je crois qu'il faut résoudre cette question par application des principes que régissent l'enregistrement des droits réels. Si le contrat de mariage a été enregistré, je suis d'avis que le remploi peut être opposé aux tiers, qui sont censés avoir connu la stipulation et qui, partant, ont imprudemment traité avec le mari qui n'était pas propriétaire. Si le contrat de mariage n'a pas été enregistré, la solution inverse s'impose.]]

Voy., sur cette question, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 507, pp. 307 et suiv.; Laurent, t. 21, n° 391.

— Dans l'hypothèse que j'examine, aucun des trois systèmes qui ont été jusqu'ici exposés (pp. 237 et suiv.), n'est possible. A mon sens, il faut ici suivre purement et simplement les principes du mandat.

Lorsque le remploi est *facultatif*, les époux peuvent le faire en tels ou tels biens qu'il leur plaît d'acquérir, et, par exemple, en biens meubles, quoique le propre aliéné soit un immeuble. Si quelque loi les oblige à le faire en tels biens plutôt qu'en tels autres, je ne la connais point.

Quand il est *obligatoire*, deux cas sont à considérer. Si le contrat de mariage fixe la nature des biens qui devront être acquis au lieu et place des biens qui seront aliénés, la femme peut exiger que le mari le fasse en biens de la nature indiquée. Bien plus, elle ne pourrait point, s'il lui était offert en biens d'une autre nature, l'accepter valablement. Toute convention insérée au contrat de mariage constitue pour les époux une loi à laquelle ils ne peuvent point toucher, même d'un commun accord (art. 1265).

Si la clause qui constitue le remploi obligatoire ne dit point en quelle espèce de biens il devra être fait, il est naturel de supposer qu'il a été convenu qu'il devrait l'être en biens de la même espèce que ceux qu'ils devront remplacer. Toutefois, cette clause tacite devra être entendue *lato sensu*. Ainsi, quoique le propre aliéné soit une maison, le remploi pourra être fait en un autre immeuble, de quelque nature qu'il soit, et, par exemple, en un fonds de terre.

La clause de remploi insérée dans le contrat de mariage n'imprime point aux propres de la femme le caractère [[d'inaliénabilité.]] Les futurs éopux peuvent, il est vrai, tout en se mariant sous le régime de la communauté, convenir que les biens de la femme seront inaliénables (art. 1257); mais la simple clause de remploi n'est pas assez explicite en ce sens pour qu'on doive ainsi l'entendre. Il est, en effet, naturel de penser qu'elle n'a eu d'autre objet que d'obliger le mari à faire les remplois qu'il resterait, en l'absence de toute convention sur ce chef, maître de ne pas faire.

Ainsi, la simple clause de remploi n'a d'effet qu'au point de vue des rapports des époux entre eux; elle n'est point opposable aux tiers. Partant, et quoi qu'il n'y ait point eu remploi du prix provenant de l'aliénation des propres de la femme, cette aliénation demeure valable (1).

---

(1) La doctrine et la jurisprudence [[françaises]] sont en ce sens. Voy. M. Laurent, t. 21, n°s 387 et suiv.

§ V. *Des récompenses.*

Nous avons vu la composition des patrimoines de la communauté, du mari et de la femme. Toutes les fois qu'une valeur sort de l'un de ces patrimoines pour entrer dans l'un des deux autres, le patrimoine enrichi doit récompense ou indemnité au patrimoine appauvri.

Les récompenses peuvent donc être dues: 1° par la communauté à l'un des époux; 2° par l'un des époux à la communauté; 3° par l'un des époux à l'autre époux.

[[La théorie des récompenses est fondée sur le principe que les donations sont défendues entre époux (art. 1265). On dit:]] " Si la récompense n'était pas due, l'un des époux gagnerait ce que l'autre perdrait, et cela serait contraire au principe qu'une libéralité ne peut pas être faite par un époux à l'autre."

[[La loi prohibe entre époux toute opération qui pourrait servir à déguiser des libéralités, par exemple, le contrat de vente (art. 1483).]] Or, si la théorie des récompenses n'était admise, rien ne serait plus facile aux époux que de se faire des libéralités, des libéralités en fait irrévocables.

Rien ne prouve d'ailleurs, que l'époux appauvri ait voulu faire une libéralité. Les libéralités ne se présumant pas, il est plus naturel de supposer qu'il n'a voulu faire qu'une avance.

I. Récompenses dues par la communauté à l'un des époux. — 1° *Des cas où la récompense est due.* — [[Je puis signaler deux cas, tirés de l'article 1303 (*a*) :]]

a. Un bien propre à l'un époux a été vendu, et le prix a été versé dans la caisse de la communauté; la communauté est débitrice, et l'époux (l'ancien propriétaire du propre aliéné) créancier de ce prix.

b. Un époux, propriétaire d'un fonds *dominant*, a renoncé à sa servitude active, moyennant un prix que lui a payé le propriétaire du fonds *servant:* la communauté, qui a touché ce prix, le doit à l'époux dont le propre a été diminué de valeur par la perte de la servitude.

Ces deux cas sont cités à titre d'exemples. On en peut citer d'autres (voy. les art. 1278 et 1279).

2° *Du* QUANTUM *de la récompense.* — Il est fixé par [[le

(*a*) Art. 1303. S'il est vendu un immeuble ou autre objet propre à l'un des époux, et que le prix en soit versé dans la communauté, sans qu'il en soit fait emploi, ou si elle reçoit quelque chose appartenant exclusivement à l'uu d'eux, il y a lieu, en faveur de l'époux propriétaire, au prélèvement du prix de l'objet ou de la valeur de la chose ainsi tombé dans la communauté.

deuxième alinéa de l'article 1307, qui se lit comme suit: "Dans "tous les cas, cette récompense consiste dans le prix même qu'a "rapporté la vente, et non dans la valeur réelle ou convenue de "l'immeuble vendu (*a*).]]

Ainsi l'époux vient-il dire: "Mon immeuble a été vendu 10,000 francs, mais il en valait 11,000: c'est donc 11,000 francs que j'ai en moins: c'est, par conséquent, 11,000 francs qui me sont dus..." On lui répondra: "La communauté n'a touché que 10,000 francs; elle n'est pas responsable de la mauvaise opération que vous avez faite." — Réciproquement, la communauté ne pourra pas dire: "J'ai touché 10,000 francs, mais l'immeuble aliéné n'en valait que 9,000: je ne dois, dès lors, que 9,000 francs, puisque l'époux n'a en réalité perdu rien au delà de cette somme."

On coupe court à toutes ces difficultés en s'attachant uniquement au prix.

Maintenant de quel prix s'agit-il ? Est-ce du *prix déclaré dans l'acte* ou du *prix réel*, du prix qu'a touché la communauté?

[[Il s'agit du prix qu'a rapporté la vente, et qu'a touché la communauté.]] En effet, souvent il arrive qu'on fait insérer dans l'acte un prix inférieur ou supérieur au prix réel, afin, dans le premier cas, soit d'avantager la communauté, soit de diminuer le droit fiscal [[que peut entraîner — quand la loi a établi tel droit —]] toute mutation de propriété; dans le second, de s'avantager aux dépens de la communauté. Or, si l'époux qui souffre de cette fausse déclaration n'était pas admis à en faire la preuve, l'autre époux se procurerait souvent, par cette voie, des avantages indirects ou irrévocables. Ainsi la communauté *doit ce qu'elle a reçu, ce dont elle a été usufruitière, ni plus ni moins* (1).

3° *Sur quels biens se prélèvent les récompenses.* — Aux termes du premier alinéa de l'article 1307 (*b*), celles de la femme

(1) Voy. M. Laurent, t. 22, n° 460.

(*a*) L'article 1436 *in fine* du code Napoléon s'exprime différemment: il dit que "la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque "allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné." Les mots "*sur le pied de la vente*" font évidemment allusion au prix déclaré, mais, en vertu des principes généraux, on s'est écarté, en France, de la lettre du code Napoléon, et on interprète cette disposition dans le sens plus explicite que comporte notre article 1307.

(*b*) L'article 1307, premier alinéa, se lit comme suit: "La récompense "du prix de l'immeuble appartenant au mari ne s'exerce que sur la "masse de la communauté; celle du prix de l'immeuble de la femme "s'exerce sur les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance des "biens de la communauté."

C'est une reproduction de la première partie de l'article 1436 du code Napoléon.

s'exercent sur les biens de la communauté et, en cas d'insuffisance, sur ceux du mari; celles du mari ne s'exercent, au contraire, que sur les biens de la communauté, s'il en reste après le prélèvement des récompenses dues à la femme (voy., à ce sujet, l'explic. des art. 1358 et 1359).

II. Récompenses dues à la communauté par les époux. — L'article 1304 pose le principe général: "Toutes les fois que " l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la com- " munauté, il en doit la récompense." Cette règle est appliquée, dans le même article, à plusieurs hypothèses (*a*):

1° *Paiement des dettes personnelles par la communauté.*—[[On peut citer]], à titre d'exemples, deux dettes personnelles:

a. Celle qui a eu pour cause l'acquisition d'un propre, telle que la soulte due par l'époux qui a acquis un nouvel immeuble en échange d'un propre (art. 1278 et aussi 1279);

b. Celle qui a eu pour cause l'affranchissement d'une servitude passive dont un propre était grevé.

Voyez, pour d'autres exemples, les articles 1280-1°, 1283, 1287.

2° *Sommes avancées par la communauté pour la conservation ou l'amélioration d'un propre.* — Un époux fait, sur l'un de ses propres, avec l'argent de la communauté, de grosses réparations, celles sans lesquelles le propre périrait prochainement, ou des réparations qui, sans être nécessaires, procurent à l'immeuble une plus grande valeur en le rendant plus productif: dans l'un et l'autre cas, cet époux s'étant enrichi aux dépens de la communauté, la communauté a droit à récompense.

Mais quel en sera le *quantum?* Sera-t-il égal à la dépense faite par la communauté, ou seulement au gain qu'en a tiré l'époux?

Exemple. La communauté a dépensé 10,000 francs pour la réparation d'un propre; la plus-value résultant des réparations est de 8,000 francs seulement: l'époux propriétaire du propre réparé doit-il 10,000 francs ou 8,000 francs?

(*a*) Cet article se lit comme suit:

1304. "Si, au contraire, l'on a tiré de la communauté des deniers qui " ont servi à améliorer où libérer de charges réelles l'immeuble appar- " tenant à l'un des conjoints, ou qui ont été employés au paiement des " dettes personnelles ou pour l'avantage exclusif de l'un d'eux, l'autre a " droit de prélever, à titre de récompense, sur les biens de la commu- " nauté, une somme égale à celles ainsi employées."

Cet article contient, quoique sous une forme différente, les dispositions de l'article 1437 du code Napoléon, sauf que ce dernier article se contente de dire que l'époux doit la récompense, sans en fixer le *quantum.* Je puis ajouter que notre article est d'accord avec l'ancien droit.

En principe, la récompense *est égale à la dépense.* En effet, lorsque le mari fait une opération dont la nature est telle qu'il est évident qu'elle n'intéresse que sa fortune particulière, on ne peut pas dire qu'il est réputé agir pour le compte de la communauté. Il est alors à la tête de ses propres affaires; c'est pour lui qu'il agit et qu'il spécule. Si donc il prend dans la caisse commune les fonds nécessaires dont il a besoin, c'est un emprunt qu'il contracte envers elle. Il devient, au fur et à mesure des déboursés, débiteur des sommes qu'il prend dans la communauté, ni plus ni moins que s'il les empruntait à toute autre personne. — Si cela est vrai à l'égard du mari, à bien plus forte raison doit-il en être de même à l'égard de la femme.

L'article 1279 justifie pleinement ce système. Un époux, propriétaire par indivis, acquiert, moyennant la somme de 10,000 francs, la part de son copropriétaire; cette part ne vaut que 8,000 francs. La communauté a fourni le prix d'acquisition : quel sera le *quantum* de la récompense? sera-ce 10,000 francs, la somme fournie par la communauté, ou 8,000 francs, le gain qu'a fait l'époux acquéreur? Ce sera la somme fournie, répond l'article 1279. (Voy. aussi les art. 1277 et 1278.) Donc, en principe, le montant de la récompense se règle, non pas eu égard au bénéfice qu'a fait l'époux qui la doit, mais eu égard à ce qui est sorti de la caisse de la communauté (1).

Mais le principe reçoit exception pour les dépenses de luxe ou voluptaires. En effet, le mari peut dépenser les deniers communs, sans récompense pour la communauté, lorsqu'il les emploie à ses plaisirs, par exemple à voyager, à satisfaire son goût pour les arts ou pour le luxe (voy. *suprà*, p. 216) ; or, les dépenses purement voluptuaires ne sont pas faites par spéculation, pour acquérir ou pour améliorer son patrimoine personnel, mais par amour du luxe, pour satisfaire un caprice: donc récompense n'est pas due. Toutefois, comme le mari ne peut, en aucun cas, s'enrichir aux dépens de la communauté, si ces dépenses ont procuré une plus-value au propre sur lequel elles ont été faites, il doit récompense à la communauté, *quatenus locupletior factus est.* — La même théorie est applicable aux dépenses de luxe faites sur un propre de la femme, soit par le mari, soit par la femme autorisée de son mari, soit même par la femme seule sous les yeux de son mari: car, dans tous ces cas, la somme a été employée aux plaisirs des deux époux. La

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. 7, p. 330; Laurent, t. 22, nos 476 à 482. *Contrà*, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511 *bis*, p. 367, note 5.

femme n'est comptable que de ce dont elle est devenue plus riche (1).

— En résumé, la communauté est débitrice de tout ce qui est entré dans sa caisse, du patrimoine de l'un des époux, et créancière de tout ce qui en est sorti pour le compte de l'un d'eux. Par exception, les sommes qu'elle a fournies pour les dépenses voluptuaires ne lui sont remboursées que dans la limite du profit qu'en a retiré l'époux.

— Y a-t-il lieu à récompense, et, en cas d'affirmative, comment se calcule la récompense, lorsque l'un des époux échange un droit *perpétuel* contre un droit *temporaire*, ou, réciproquement, lorsqu'il échange un droit *temporaire* contre un droit *perpétuel?*

Exemple: Le mari a un immeuble propre qui produit, par an, 5,000 francs; il l'aliène moyennant un droit d'usufruit ou un droit de rente viagère productif de 10,000 francs. Ou, à l'inverse, il aliène un droit d'usufruit productif de 10,000 francs, moyennant l'acquisition d'un immeuble qui n'en produit que 5,000.

Au premier cas, la communauté gagne: car au lieu d'une jouissance de 5,000 francs par an, elle en a maintenant une de 10,000. Le mari, au contraire, est en perte, puisque son droit *perpétuel* a été remplacé par un droit *viager* ou *temporaire.*

Au second cas, la communauté perd: car elle a cessé d'avoir une jouissance de 10,000 francs, tandis qu'elle n'a reçu qu'une jouissance de 5,000 francs. Le mari gagne, au contraire, puisqu'au lieu d'un droit *viager*, il a maintenant un droit *perpétuel.*

Dans la première hypothèse, la communauté doit-elle récompense au mari? Dans la seconde, le mari doit-il récompense à la communauté? Et, si la récompense est due, quel en est le *quantum?*

Bien des opinions ont été émises sur cette question. Voici celle qui me semble la plus conforme aux principes:

---

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. 7, p. 330 ; Val. *Contrà*, M. Laurent, t. 22 nº 483.

[[Je crois que nous devons accepter ces diverses solutions dans notre droit. Les termes de notre article 1304 sont plus précis que ceux de l'article 1437 du code Napoléon, et ils semblent fixer le *quantum* de la récompense à "une somme égale à celles ainsi employées," quelle que soit la nature des améliorations qui ont été faites à l'immeuble propre de l'un des époux. Toutefois je crois que la distinction entre les impenses nécessaires ou utiles et les impenses voluptuaires est bien fondée pour les motifs indiqués dans le texte. Le principe qui domine dans ce cas, c'est que l'époux ne doit pas s'enrichir aux dépens de la communauté, et telle me paraît être alors la mesure de la récompense.]]

Un époux n'est point garant envers la communauté de la jouissance de *chacun de ses immeubles en particulier:* la communauté, en effet, n'a pas sur chacun des propres un droit direct, un démembrement du droit de propriété, acquis *hic et nunc,* droit inaltérable du chef de l'époux dont elle le tient. Elle n'a qu'un droit subsidiaire, droit de jouissance sur tous les biens pris en masse, tels qu'ils sont, et tant qu'ils sont dans les mains du conjoint, droit soumis aux variations du patrimoine sur lequel il repose, s'accroissant aujourd'hui par l'acquisition ou l'amélioration d'un bien particulier, s'éteignant demain sur tel bien individuel qui sort du patrimoine de l'époux.

La justification de cette théorie se trouve dans les faits de chaque jour. N'est-il pas vrai que, si j'échange un champ très productif contre une lande sans valeur actuelle, je ne dois aucune récompense à la communauté? S'il en était autrement, serait-il une opération relative à un propre qui n'engendrât un procès en faisant naître des questions de récompense?

La communauté a le droit de jouir tant que le bien m'appartient; je ne puis avoir un propre sans qu'elle en ait la jouissance. Mais, dès que je cesse d'être propriétaire, son droit s'éteint avec le mien: car il n'existe qu'à la suite du mien, il lui est complètement subordonné.

Ce principe étant admis, nous dirons:

Dans le premier cas, c'est-à-dire quand l'époux a échangé un propre productif de 5,000 francs contre une rente viagère ou un droit d'usufruit productif de 10,000 francs, la communauté ne doit aucune récompense. Elle n'a, en effet, rien reçu en capital. Elle a reçu un surcroît de jouissance; or, c'était son droit.

Dans le second, c'est-à-dire quand l'époux a échangé un droit d'usufruit productif de 10,000 francs contre un immeuble productif de 5,000 francs, elle devra rendre le capital qu'elle a reçu s'il existe encore. Elle a éprouvé une diminution de jouissance; mais l'époux avait le droit de la lui faire subir.

Dans ces deux hypothèses, la communauté subit les variations de fortune qui arrivent dans le patrimoine des époux: tant mieux si elle prospère, tant pis si elle souffre un dommage (1).

---

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t 7, p. 314.—*Contrà:* MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511, p. 352, note 4; arrêt de cassation, du 8 avril 1862, au rapport de M. Larombière. " Lorsque, dit la cour suprême, un propre a été aliéné " moyennant une rente viagère, cette rente constitue le prix, et ses arré- " rages, dont la durée est aléatoire, représentent pour partie les fruits

Règle commune aux récompenses dues par l'un des époux à la communauté ou par la communauté à l'un des époux. — Les intérêts courent de plein droit du jour de la dissolution de la communauté, soit à son profit, si c'est elle qui est créancière de la récompense, soit contre elle, si la récompense est due à l'un des époux (art. 1360). (*a*) La communauté dissoute n'a plus de représentant qui puisse agir pour elle: la loi devait donc la protéger, en faisant courir à son profit les intérêts de plein droit, quand c'est elle qui est créancière. Par réciprocité, il est juste qu'ils courent également de plein droit contre elle, quand c'est elle qui est débitrice (1).

III. Récompenses dues par l'un des époux à l'autre. — Il est assez difficile de comprendre que deux époux mariés sous le régime de la communauté purement légale soit créanciers ou débiteurs l'un de l'autre. En effet, suppose-t-on que l'un des époux était, avant le mariage, créancier de l'autre? la créance s'est éteinte par confusion: car la communauté l'a reçue activement du chef de l'époux créancier, et passivement du chef de l'époux débiteur. Suppose-t-on qu'une dette personnelle à l'un des époux a été payée avec le prix ou les écus provenant de l'aliénation d'un bien propre à l'autre époux ? dans ce cas, la dette a été payée avec un bien de la communauté: car elle acquiert, en sa qualité d'usufruitière, les écus provenant de l'aliénation des propres. La communauté devient donc créancière de l'époux dont elle a payé la dette personnelle, et débitrice de l'époux du chef duquel elle a reçu les deniers qui ont servi à la libération de l'autre époux.

On peut cependant citer quelques cas où l'un des époux devient, pendant le mariage, débiteur de l'autre. Cela arrive: 1° lorsque l'un des époux emploie un de ses propres, ou la

---

" de la chose, et pour partie la valeur du fonds; si la communauté qui " les a perçus les retenait en totalité, sans récompense, elle retirerait de " ce mode d'aliénation à fonds perdu un avantage particulier, en dehors " des dispositions de la loi et des prévisions du contrat de mariage" (Sir., 72. 1,224). Comp. M. Laurent, t. 22, nos 466 et suiv.).

(*a*) Cet article s'exprime comme suit:
1360. "Les remplois et récompenses dus par la communauté aux " époux, et les récompenses et indemnités par eux dues à la commu- " nauté, emportent les intérêts de plein droit du jour de sa dissolution."
C'est une copie de l'article 1473 du code Napoléon.

(1) On peut expliquer autrement l'art. 1360: si les intérêts courent de plein droit, c'est qu'il s'agit ici de dettes de société (M. Val.). Comp. M. Laurent, t. 22, no 490.

créance du prix de ce propre, à éteindre, au moyen d'une *datio in solutum*, la dette personnelle de l'autre époux (art. 1365) (*a*); 2° lorsque l'un des époux a, par son délit ou quasi-délit, détruit ou détérioré le bien propre de l'autre.

Les récompenses dues par un époux à l'autre s'exercent sur les propres de l'époux débiteur, et sur sa part dans la communauté (art. 1365). Elles ne se prélèvent pas sur la masse commune; autrement, l'époux créancier ne recevrait, en réalité, que la moitié de ce que lui doit son conjoint.

[[On applique la même règle, pour parité de raisons, aux donations que l'un des époux a faites à l'autre par son contrat de mariage (art. 1367) (*b*).]]

Les récompenses dues *par un époux à l'autre* ne portent intérêt que [[suivant les règles ordinaires, c'est-à-dire à compter du jour de la mise en demeure]] (art. 1366) (*c*). L'époux créancier peut, en l'exerçant lui-même, rendre son droit productif d'intérêt: il n'y avait, par conséquent, aucun motif particulier de déroger au principe que les intérêts ne courent pas de plein droit (art. 1077).

Les récompenses dues à la communauté par l'un des époux, ou par la communauté à l'un des époux, diffèrent de celles qui sont dues à l'un des époux par l'autre, sous un double point de vue:

a. Les premières sont de plein droit productives d'intérêts, du jour de la dissolution de la communauté; les secondes n'en sont productives que du jour de la [[mise en demeure.]]

b. La récompense due à la communauté ne profite à la fem-

(*a*) Cet article se lit comme suit :
1365. "Après le partage consommé, si l'un des époux est créancier "personnel de l'autre, comme lorsque le prix de son bien a été em- "ployé à payer une dette personnelle de l'autre époux, ou pour toute "autre cause, il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci "dans la communauté ou sur ses biens personnels."
C'est une copie de l'article 1478 du code Napoléon.

(*b*) Cet article, qui est semblable à l'article 1480 du code Napoléon, se lit ainsi:
1367. "Les donations que l'un des époux a faites à l'autre ne s'exé- "cutent pas sur la communauté, mais seulemen tsur la part qu'y a "l'époux donateur, ou sur ses biens personnels."

(c) Voici comment s'exprime l'article 1366 :
1366. "Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un "contre l'autre ne portent intérêt que suivant les règles ordinaires."
L'article 1479 du code Napoléon, correspondant, dit que ces créances "ne portent intérêt que du jour de la demande en justice".

me qu'autant qu'elle accepte; elle conserve, au contraire, même en cas de renonciation à la communauté, celle qui lui est due personnellement.

§ VI. *Des avantages faits aux enfants* (*a*).

Cette matière est mal digérée dans le code; tâchons d'y jeter quelque clarté. Constatons bien d'abord ce principe: *La communauté n'est tenue de fournir un* [[*avantage*]] *ni aux enfants que tel ou tel des époux peut avoir eus d'un précédent mariage, ni même aux enfants qui sont nés de leur mariage.* L'article 1280-5° ne met, en effet, à sa charge que l'éducation et l'entretien des enfants.

Cela posé, étudions deux cas principaux:

1er cas. — [[*Avantage conféré*]] *aux enfants d'un précédent mariage.*

1° [[*Avantage conféré*]] PAR LE MARI *à un enfant qu'il a eu d'un précédent mariage.* — L'avantage reste exclusivement à la charge du mari. S'il le paie avec ses biens personnels, il n'a de recours contre personne. S'il le paie avec les biens de la communauté, il doit récompense à la communauté (art. 1356, cité *suprà*, p. 217, note *a*).

Cette décision amène un résultat bizarre. Le mari donne en dot, à l'enfant d'un de ses amis, 10,000 francs, et 10,000 francs à l'enfant qu'il a eu d'un précédent mariage: dans le premier cas, la communauté supporte sans récompense la dot constituée; dans le second, récompense lui est due. Ce résultat, quoique bizarre en apparence, est cependant très rationnel. Il n'y a pas beaucoup de danger à permettre au mari de donner à un étranger: c'est un pouvoir dont il usera rarement

---

(*a*) Le code Napoléon se sert du mot "*dot*" au lieu du terme plus général d'"*avantage*" qu'emploie notre code. L'expression "dot", cependant, fait mieux saisir la raison d'être de ce paragraphe. On pouvait, en effet, se demander si la communauté ne devait pas supporter la dot qui a été constituée en faveur d'un des enfants qui se marie, comme elle était tenue de l'éducation et de l'entretien de cet enfant avant son mariage. La même question ne se présente pas à l'esprit quant aux avantages entendus d'une manière générale, car ces avantages peuvent comprendre les donations ordinaires et les dots en cas de mariage. C'est aussi de dots, et non pas d'avantages, que traitent les anciens auteurs. Les dots n'étant pas dans nos mœurs, les codificateurs ont employé l'expression avantage, dont je me servirai moi-même, bien qu'elle fasse paraître quelque peu oiseuses les questions qui sont discutées ici.

et toujours modérément: son intérêt est la sauvegarde de la communauté. Mais il eût été très imprudent de lui permettre de faire des libéralités, avec les biens de la communauté, aux enfants qu'il a eus d'un précédent mariage. L'affection qu'il a pour eux le sollicite fortement à être généreux à leur égard. Ajoutons qu'il pourrait y être déterminé par ce calcul frauduleux: Mon enfant emploiera l'argent que je lui donne en acquisition d'immeubles, et, s'il meurt, ces immeubles me reviendront à titre de propre; la libéralité peut tourner à mon profit personnel.— D'ailleurs, en constituant l'avantage, il s'est acquitté d'un devoir naturel, qu'il eût certainement accompli avec ses propres, s'il ne l'eût pas fait avec les biens communs. Cette constitution l'enrichit, en le libérant d'une charge dont il était tenu naturellement; elle l'enrichit aux dépens de la communauté. Dè lors, il lui doit récompense.

2° [[*Avantage conféré*]] *par la femme à l'enfant qu'elle a eu d'un précédent mariage.* — Même théorie (art. 1356).

2e Cas. — [[*Avantage conféré*]] *à un enfant commun.*

1° [[*Avantage conféré*]] *par le mari et par la femme.* La loi voit, là encore, non pas le paiement d'un dette de communauté, mais l'accomplissement d'un devoir naturel dont chaque époux était tenu personnellement. [[Voici comment s'exprime l'article 1308:

1308. " Si les époux ont conjointement avantagé l'enfant " commun, sans exprimer la proportion pour laquelle ils enten- " daient contribuer, ils sont censés avoir voulu le faire égale- " ment, soit que l'objet ait été fourni ou promis en effets de " la communauté, soit qu'il l'ait été en biens personnels à l'un " des époux; au dernier cas cet époux a sur les biens de l'autre " une action en indemnité pour la moitié de ce qu'il a ainsi " fourni, eu égard à la valeur de l'effet donné au temps de la " donation (*a*)."]]

Si l'un des époux à conféré l'avantage pour les trois quarts, tandis que l'autre ne l'a constitué que pour un quart, chacun le supporte dans la proportion indiquée dans l'acte. S'ils n'ont rien dit, ils sont censés l'avoir constitué chacun pour moitié.

Si chacun paie sa part avec ses propres, la communauté n'a droit à aucune indemnité. Si la part de chacun est payée avec les biens de la communauté, chaque époux lui doit récompense de la portion dont il était tenu. Si [[l'avantage]] est payé avec les biens personnels de l'un des époux, récompense lui est due par l'autre.

(*a*) Cet article est conforme à l'ancienne jurisprudence, et, quant au fond, à l'article 1438 du code Napoléon, auquel il correspond.

Lorsque la femme a [[avantagé]] conjointement avec le mari, elle est tenue de [[l'avantage]], lors même qu'elle renoncerait à la communauté: car elle est obligée, non pas comme commune, mais personnellement. (*a*)

2° [[*Avantage conféré*]] *par le mari.* [[L'article 1309, qui s'occupe de cette question, est rédigé comme suit:

1309. " L'avantage fait par le mari seul à l'enfant commun " est à la charge de la communauté, et dans le cas d'accepta- " tion la femme doit en supporter la moitié, à moins que le ma- " ri n'ait déclaré expressément qu'il se chargeait de cet avan- " tage pour le tout ou pour une portion plus forte que la moi- " tié (*b*).]]

On distingue:

a. Le mari a déclaré constituer [[l'avantage]] en biens meubles ou immeubles de la communauté [[ou même en biens personnels]] : — ici, par une bizarrerie véritable, la loi voit, dans cette constitution, non plus l'accomplissement d'un devoir personnel, mais l'acquittement d'une dette de la communauté. La femme supporte donc la moitié de [[l'avantage]], au cas où elle accepte la communauté.

Ainsi, [[l'avantage conféré]] est-il constitué par le mari et par la femme: la loi considère l'opération comme l'acquittement d'un dette personnelle à chaque époux, et, si la communauté paie, chaque époux lui doit récompense. Est-il conféré par le mari seul, en biens de communauté [[ou même en biens qui lui sont propres: ce n'est plus, à moins d'une déclaration

---

(*a*) Voy. en ce sens la décision du juge Johnson dans la cause de *Vincent* v. *Benoît*, 21 L. C. J., p. 218.

(*b*) Cet article est conforme à l'ancienne jurisprudence et correspond à l'article 1439 du code Napoléon; ce dernier, cependant, est limité dans son application aux avantages faits par le mari à un enfant commun, *en effets de la communauté*, tandis que notre article a un sens plus étendu, et ne contient pas ces mots *en effets de la communauté*.

A cause de cette différence, je crois que les codificateurs n'ont pas raison de dire que notre article est conforme, quant au fond, à l'article 1439 du code Napoléon. Sous ce dernier article, le seul fait que le mari a constitué la dot en biens qui lui étaient propres, emporte, sans une déclaration expresse de sa part, l'obligation de supporter seul la dépense faite. Dans notre droit, au contraire, cette obligation ne serait à la charge du mari que si celui-ci en faisait une déclaratipn expresse. Je dois ajouter que les codificateurs ont également tort de dire que notre article est conforme à l'ancienne jurisprudence, car Pothier (*Communauté*, n° 658) enseignait formellement que lorsque le mari a donné en dot un de ses héritages propres, il supporte seul la dette. Notre article étant clair et précis, je ne crois pas qu'il soit possible de lui faire dire, par voie d'interprétation, ce que Pothier enseignait.

contraire expresse,]] l'accomplissement d'un devoir personnel au mari, c'est l'*acquittement d'une dette de la communauté*; d'où il suit que la communauté n'a pas droit à récompense, lors même que [[l'avantage conféré]] consiste en un immeuble.

b. Le mari a déclaré expressément qu'il se chargeait de [[l'avantage]] pour le tout ou pour une portion plus forte que la moitié. Au premier cas, la femme, même acceptante, ne supporte rien; au second, elle supporte tout ce que le mari n'a pas pris à sa charge (*a*).

SECTION III. — DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE L'USUFRUIT LÉGAL DU CONJOINT SURVIVANT (*b*).

§ I. — *De la dissolution de la communauté.*

[[Puisque la communauté n'est qu'un contrat accessoire du mariage, il s'ensuit qu'elle finit par le mariage comme elle a commencé avec lui. Donc toute cause de dissolution du mariage — et il n'y en a qu'une dans notre droit civil, la mort naturelle de l'un des époux — entraîne la dissolution de la communauté. Mais cette communauté peut cesser quoique le mariage dure encore et peut même revivre après avoir cessé. Notre article 1310 énumère d'ailleurs, d'une manière limitative, bien entendu, les causes de dissolution de la communauté.

1310. " La communauté se dissout:

" 1° Par la mort naturelle;

" 2° Par la mort civile;

" 3° Par la séparation de corps:

" 4° Par la séparation de biens:

" 5° Par l'absence de l'un des époux dans les cas et sous " les restrictions exposés aux articles 109 et 110 " (*c*).

(*a*) Il n'est pas question ici de dot ou avantage conféré par la femme, car celle-ci ne peut engager la communauté, n'en ayant pas l'administration.

(*b*) J'ai substitué cette rubrique à celle que conserve encore le code, malgré l'abrogation de la continuation de la communauté, et qui se lit comme suit : *De la dissolution de la communauté et de sa continuation en certains cas.*

(*c*) Notre article est conforme à l'ancien droit, mais il diffère de l'article 1441 du code Napoléon en ce que cet article admet le divorce comme cause de dissolution de la communauté. En outre cet article 1441 ne mentionne pas l'absence parmi les causes de dissolution de la

I. De la dissolution de la communauté par la mort naturelle de l'un des époux.—Le défaut d'inventaire donne-t-il lieu à l'enquête par commune renommée? C'est la cause de dissolution normale puisque la communauté dure autant que le mariage et que celui-ci se dissout par le décès de l'un des époux. Quand cet événement arrive l'époux survivant est obligé de faire inventaire des biens de la communauté.

Quelle est la sanction de cette obligation? D'après l'ancien droit et d'après le code civil, le défaut d'inventaire, lorsqu'il restait des enfants mineurs, donnait à ceux-ci le droit de choisir entre la dissolution immédiate de la communauté ou sa continuation. Mais cette continuation de communauté, dont je parlerai plus loin, n'existe plus depuis 1897 et il ne peut en être question.

A sa place, la loi 60 Vic., ch. 53, a substitué l'usufruit légal du conjoint survivant, dont je parlerai également dans un instant, et qui est subordonné à la confection de l'inventaire. Donc la perte de cet usufruit est une des sanctions établies par la loi.

Mais il importe de se demander s'il y a d'autres sanctions. Et notamment, les héritiers du conjoint prédécédé peuvent-ils établir, contre le conjoint survivant, mari ou femme, la consistance de l'actif de la communauté, par commune renommée?

Le code Napoléon en a une disposition expresse. En effet, l'article 1442 de ce code porte que "le défaut d'inventaire après "la mort naturelle ou civile de l'un des époux, ne donne pas "lieu à la continuation de communauté; sauf les poursuites "des parties intéressées, relativement à la consistance des biens "et effets communs, dont la preuve pourra être faite tant par "titres que par la commune renommée."

Notre code n'a pas reproduit cette disposition. Avant l'abrogation de la continuation de communauté, l'article 1323 ne décrétait, comme peine contre le conjoint survivant qui négligeait de faire inventaire, que la continuation de la communauté si elle était exigée par les enfants mineurs.

---

communauté. Les codificateurs disent qu'il n'en fait pas mention probablement parce qu'elle est temporaire et subordonnée au retour de l'absent. Ils ajoutent que comme les règles de cette clause de dissolution ont été posées au titre *Des absents*, et qu'elle demeure absolue ou définitive, avec effet rétroactif, si l'absent ne revient pas, ils ont cru devoir la comprendre dans l'article 1310.

Je puis renvoyer à mon tome Ier, p. 321, pour l'indication sommaire des dispositions du code Napoléon quant aux effets de l'absence sur la communauté.

De même le nouvel article 1330 fait perdre, au conjoint survivant qui ne fait pas inventaire dans les délais prescrits, la jouissance des revenus de ses enfants mineurs, sans parler des autres recours que ceux-ci peuvent exercer.

Cependant, les articles que le code consacrait à la continuation de communauté se plaçaient dans l'hypothèse d'une demande de continuation. Il n'y était pas question du cas où les enfants mineurs ne demandaient pas la continuation de communauté, mais exigeaient un compte de la communauté telle qu'elle se trouvait au décès du conjoint prédécédé. Et les nouveaux articles laissent sans solution l'espèce où, par suite d'un testament du défunt, le conjoint survivant ne pourrait pas, même en faisant inventaire, réclamer l'usufruit des biens de la communauté venant à ses enfants du chef du conjoint prédécédé, et celle où il s'agirait précisément de découvrir ces biens en l'absence d'un inventaire. L'omission de mention, dans ces articles, de l'inventaire par commune renommée n'est partant pas une raison de décider que le législateur voulait l'exclure.

Il importe donc de se demander si, dans l'ancien droit, la consistance des biens de la communauté pouvait, à défaut d'inventaire, se prouver par commune renommée.

Ferrière, dans son grand commentaire de la coutume de Paris (*a*), s'exprimait comme suit :

" Les enfants mineurs peuvent renoncer à cette continnua-
"tion, suivant les mots, *si bon leur semble,* s'ils la trouvent dés-
" avantageuse, et peuvent demander au survivant le partage
" de la communauté, telle qu'elle était lors de la dissolution du
" mariage, suivant l'information de la commune renommée."
Il donne cette solution comme étant celle de Duplessis (*b*).

Il n'est fait ici aucune distinction entre le cas où le mari survit et celui où il prédécède sa femme. Cependant, les auteurs du Nouveau Denisart, V° *Commune renommée,* tout en admettant la preuve par commune renommée de l'actif de la communauté, ne visent que l'hypothèse où le mari survit à sa femme.

Pothier, ordinairement si clair et précis sur toutes ces questions, ne nous laisse pas voir quelle est sa pensée sur celle-ci. Il dit bien (*Communauté,* n°s 880 et suiv.) que les enfants peuvent renoncer à la continuation de communauté, et deman-

(*a*) Art. 240, t. 3. col. 539, n° 7.

(*b*) Voy. le tome Ier des œuvres de Duplessis, p. 464.

der un compte au survivant de la communauté en l'état qu'elle s'est trouvée au temps de la mort du prédécédé. Il ajoute que la valeur du mobilier se prouve tant par titres que par témoins, et au sujet de la preuve par témoins il dit que chacune des parties peut faire entendre les personnes qui peuvent avoir quelque connaissance de l'état du mobilier de la communauté qui était au temps de la mort du prédécédé.

Cette expression "personnes qui peuvent avoir quelque con-"naissance de l'état du mobilier de la communauté" semble exclure l'enquête par commune renommée, car dans cette enquête les témoins ne témoignent pas d'après leur connaissance personnelle, mais d'après ce qu'ils ont entendu dire. Toutefois les autorités que j'ai citées font voir que dans l'ancien droit on admettait ce mode d'enquête, et je puis ajouter que, lors de la discussion sur le code civil en France, Tronchet a déclaré, sans que son avis eût été mis en doute, que sous la coutume, lorsque le conjoint survivant ne faisait pas inventaire du mobilier de la communauté, les enfants avaient l'option entre la continuation de communauté et l'inventaire par commune renommée (*a*).

Il nous reste à voir si, malgré le silence du code, les enfants peuvent recourir à l'enquête par commune renommée lorsque le conjoint survivant, mari ou femme, n'a pas fait inventaire du mobilier de la communauté. Ce silence ne me paraît pas décisif contre l'admission de cette enquête, car notre code, pas plus que le code Napoléon, n'a prononcé cette peine contre l'usufruitier qui ne fait pas inventaire, et pourtant j'ai suivi la décision des auteurs français qui admettent contre lui l'inventaire par commune renommée (*b*). Du reste, dans des cas assez analogues, sauf que la peine n'est prononcée que contre le mari, le code a admis la preuve par commune renommée (art. 1286, 1389). Et quant à la femme survivante, nous verrons qu'elle ne peut en principe renoncer à la communauté qu'en faisant inventaire; si elle ne fait pas constater la consistance de la communauté, mais au contraire confond les biens communs avec les siens, il ne semble que juste que les héritiers du mari puissent recourir à la seule preuve qui leur soit ouverte, la commune renommée, pour retrouver ces biens. Je crois cependant que si la femme renonce à la communauté, comme

---

(*a*) Poncelet, *Motifs du code civil*, t. 2, p. 533.

(*b*) Voy. mon tome 2, p. 586. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. Ier, no 1361.

elle peut le faire même sans inventaire dans les cas prévus par les articles 1343 et 1347, il ne peut être question d'enquête par commune renommée, car sa renonciation a l'effet de rendre les héritiers du mari — qui n'ont pas la faculté de renonciation — seuls propriétaires des biens communs.

Je conclus donc à l'admission, en principe, de l'enquête par commune renommée, lorsque le conjoint survivant n'a pas fait constater, par un inventaire régulier, la consistance des biens communs.

Cependant, il ne faut pas abuser de cette solution. La faculté que je reconnais aux enfants du conjoint prédécédé, de faire la preuve de la consistance de l'actif de la communauté par commune renommée, est une peine que le conjoint survivant encourt par suite de sa négligence de faire l'inventaire de cette communauté. Mais si les enfants du conjoint prédécédé étaient majeurs, ils auraient pu faire faire l'inventaire eux-mêmes et leur négligence égale celle du conjoint survivant. Il semblerait donc injuste de leur accorder la preuve extraordinaire de la commune renommée lorsqu'ils sont eux-mêmes en faute. Les vieux auteurs envisagent toujours l'hypothèse d'enfants qui auraient pu exiger la continuation de la communauté, et qui, partant, étaient mineurs lors de sa dissolution. Je crois donc devoir admettre ce tempérament qui me paraît fondé en raison et en justice (*a*).

II. De la dissolution de la communauté par la mort civile de l'un des époux. — C'est la conséquence de l'article 36, et toutes les solutions que j'ai adoptées pour le cas de la mort naturelle s'appliquent lors de la mort civile de l'un des époux (*b*).

III. De la dissolution de la communauté par la séparation de biens. — Je parlerai ici de la séparation de biens demandée par voie principale. Cependant comme la séparation de biens résulte également de la séparation de corps, j'aurai également à indiquer les principes qui régissent cette séparation de biens accessoire.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 167, dit que comme l'article 1442 C. N. ne distingue pas, toute partie intéressée, héritier ou autre, peut, en l'absence d'inventaire, recourir à la preuve par commune renommée. Nous n'avons pas de texte et nous ne pouvons partant aller aussi loin.

(*b*) Dans une ancienne cause de *Cartier* v. *Béchard*, 1 L. C. J., p. 44, il a été décidé que si la femme n'a pas considéré la communauté dissoute par la mort civile de son mari, dans les rapports subséquents qui ont eu lieu entre eux sur leurs droits, la cour n'en peut pas prendre connaissance.

1° *Qui peut demander la séparation de biens.* — Le but de la séparation de biens, lorsqu'elle est demandée principalement et non pas comme conséquence implicite de la séparation de corps, est de protéger la femme contre les dangers auxquels peut l'exposer la mauvaise administration de son mari. Il suit de là qu'elle ne peut être demandée ni par le mari ni par ses créanciers.]]

Elle peut l'être par la femme, mais par elle seulement. [[C'est ce que nous dit l'article 1315, dans les termes qui suivent:

1315. "La séparation ne peut se demander que par la "femme elle-même; ses créanciers ne le peuvent faire, même "avec son consentement.

"Néanmoins, au cas de déconfiture du mari, ils peuvent "exercer les droits de leur débitrice, jusqu'à concurrence de "leurs créances (*a*)."]]

Ainsi, [[les créanciers personnels de la femme, même avec son consentement,]] ne pourraient pas invoquer le principe de l'article 1031 pour la demander en son nom.

Quel est le motif de cette dérogation à l'article 1031? "Lorsque la femme, a-t-on dit, est assez vertueuse pour sacrifier [[ses intérêts]] à la paix du ménage, il ne faut pas que ce sacrifice soit empêché par l'intervention de personnes étrangères." Cette raison n'est pas satisfaisante: car, en défintive, qui souffrira de ce sacrifice? les créanciers de la femme! Celle-ci perdra [[ses intérêts]]; mais elle conservera au moins sa tranquillité et l'affection de son mari, tandis que les créanciers perdront tout leur avoir, peut-être, sans aucune compensation. Ce n'est donc, au fond, qu'un calcul égoïste, un sacrifice fait avec l'argent d'autrui. Quoi qu'il en soit, la règle existe.

Cependant la loi vient au secours des créanciers de la femme lorsque le mari est en faillite ou en déconfiture. *Quant à eux*, la communauté est réputée dissoute par la faillite ou la déconfiture du mari: en conséquence, il leur est permis de faire valoir dans la faillite, jusqu'à concurrence de ce qui leur est dû, tous les droits qui compéteraient à leur débitrice si la communauté était, en réalité, dissoute.

(*a*) Cet article correspond à l'article 1446 du code Napoléon.

Le premier alinéa en diffère en ce qu'il ne permet pas aux créanciers de demander la séparation, avec le consentement de la femme, tandis que le code Napoléon le leur permet.

Le deuxième alinéa reproduit textuellement l'alinéa correspondant de l'article du code Napoléon, à l'exception du mot "faillite" qu'il omet.

Mais, *à l'égard de la femme,* la communauté continue d'exister nonobstant la faillite ou la déconfiture du mari. Par conséquent, sa part dans la communauté, la jouissance de ses propres, les meubles qu'elle acquerra par succession ou donation, serviront, après que ses créanciers personnels auront été désintéressés, à l'acquittement des dettes du mari, à moins qu'elle ne s'empresse de demander la séparation de biens, qu'elle obtiendra, du reste, sans difficulté.

2° *Quelles personnes ont qualité pour contredire la demande en séparation de biens.* — Ce sont: 1° le mari; 2° ses créanciers. Ceux-ci peuvent avoir intérêt à la continuation de la communauté. Ainsi, le mari doit 20,000 francs, et sa fortune particulière, jointe à l'actif de la communauté, est égale à 15,000 francs: si la communauté est dissoute, chacun des créanciers ne recevra que les trois quarts de ce qui lui est dû. Mais la femme attend des successions mobilières, et, de plus, elle a des propres produisant chaque année 1,000 francs de revenu: si la communauté continue, les créanciers ont la chance d'être payés intégralement. Aussi peuvent-ils intervenir au procès et prouver que la demande en séparation de biens n'est qu'un moyen concerté entre le mari et la femme pour leur enlever cette chance de paiement intégral. [[L'article 1316, qui consacre ce droit d'intervention des créanciers du mari, se lit comme suit:

1316. " Les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre " la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude " de leurs droits; ils peuvent même intervenir dans l'instance " sur la demande en séparation pour la contester (*a*)."

L'article 1094 du code de procédure, qui complète cette disposition, s'exprime dans les termes suivants: " Les créanciers " de la personne assignée en séparation de biens ont droit d'in- " tervenir dans l'instance pour surveiller la procédure ou con- " tester la réclamation de la demanderesse, et ils peuvent à cet " effet invoquer tous les moyens et exercer tous les droits qui " compètent à leur débiteur."

Un jugement de séparation qui détermine les reprises matrimoniales de la femme n'est qu'un jugement d'expédience, et les créanciers du mari peuvent attaquer ce jugement et, par saisie-arrêt, faire rendre à la femme ce qu'un tel jugement lui accorde illégalement: juge Monk, *Doutre* v. *Trudeau,* 8 L. C. J., p. 135.]]

(*a*) C'est une copie textuelle de l'article 1447 du code Napoléon.

3° Les créanciers personnels de la femme. Ils peuvent, en effet, avoir aussi intérêt à la continuation de la communauté, par exemple lorsque la femme qui a plus de dettes personnelles que de biens propres a l'espoir de voir la communauté s'enrichir des successions dont son mari est héritier présomptif.

3° *Des causes de la séparation de biens.* — [[L'article 1311 indique ces causes en ces termes:

1311. " La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en " justice, par la femme dont les intérêts sont mis en péril, et " lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de " craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour " remplir les droits et reprises de la femme.

" Toute séparation volontaire est nulle " (*a*).

La femme peut donc poursuivre son mari en séparation de biens]] dans deux cas seulement: 1° lorsque [[*ses intérêts* sont]] en péril; 2° lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les *droits et reprises* de la femme. A vrai dire, ces deux cas se confondent: car le mot [[*intérêts*]] est général et comprend tout, non seulement l'apport que la femme a fait au moment du mariage, mais encore les droits et reprises qui sont nés pendant le mariage. [[La *dot*, dont parle l'article 1443 du code Napoléon, se distingue, dans le langage du monde, des *droits et reprises,* mais étant donnée la rédaction de notre article, il aurait suffi de parler des *intérêts* de la femme, qui comprennent sa dot comme ses droits et reprises. Les codificateurs ici n'ont pas été plus heureux, dans leur choix d'expressions, que lorsque, dans la rédaction des articles 1308 et 1309, ils ont substitué le mot " avantage " à l'expression " dot " que renferment les articles correspondants du code français. En tout cas, malgré le pléonasme qu'il renferme, le sens de notre article 1311 n'est pas douteux, et pour que la femme puisse demander la séparation de biens, il suffira que ses intérêts, ou plus généralement, tous les droits qui lui compètent—et ses droits et reprises, c'est-à-dire les biens propres ou les créances personnelles qu'elle acquiert pendant le mariage, y sont compris—soient mis en péril par la mauvaise administration ou le désordre des affaires de son mari.]]

(*a*) Notre article reproduit textuellement l'article 1443 du code Napoléon, sauf que notre article substitue l'expression plus générale "intérêts" au mot " dot " dont sè sert l'article 1443. Je puis ajouter que la rédaction actuelle de l'article 1311 lui a été donnée par la loi 60 Vict., ch. 50. Avant, notre article disait en outre que l'action devait être instituée devant le tribunal du domicile, disposition qui a été insérée dans le code de procédure civile, art. 96.

Au reste, il est bien évident que la loi n'entend parler que d'un péril *postérieur* au mariage. Mais peu importe la nature de la cause qui le produit: il n'y a pas à distinguer si le péril [[des intérêts]] est né de l'inconduite du mari ou de malheurs par lui éprouvés (*a*).

La femme qui, sans avoir rien apporté en mariage, possède un talent ou une industrie, peut évidemment demander la séparation de biens afin d'amasser, avec les produits de son travail, un petit pécule pour elle et ses enfants. Et, n'eût-elle ni talent ni industrie, elle le pourrait encore: car, si elle n'a rien aujourd'hui, demain elle peut avoir; des successions peuvent lui échoir, des donations lui être faites: il est juste qu'elle puisse prendre ses précautions pour l'avenir (1).

Enfin, elle peut la demander même dans le cas où son hypothèque légale suffit pour garantir ses reprises *actuelles:* car ses reprises peuvent s'élever d'un jour à l'autre et dépasser de beaucoup la garantie que présente son hypothèque. En outre, il est possible que le mari abuse tellement de ses biens, qu'il soit évident que l'hypothèque qui les grève ne restera pas longtemps une garantie efficace. Il peut, en effet, amoindrir l'importance de sa fortune immobilière, en faisant dans ses bois des coupes insolites, en démolissant des maisons, en transformant en propriétés de luxe des biens très productifs (*b*).

4° *De la procédure de la demande en séparation de biens.*—

---

(1) Comp. M. Laurent, t. 22, nos 215 et 216. [[Cette solution ne peut être douteuse dans notre droit, l'expression "intérêts de la femme" étant assez générale pour comprendre le droit de la femme aux fruits de son travail ou de son industrie. C'était déjà la décision de Pothier, *Communauté*, no 512.]]

(*a*) Il n'est pas nécessaire que le capital des biens propres de la femme soit réellement en péril, il suffit qu'il y ait juste raison de craindre que les revenus des biens de la femme nécessaires à l'entretien du ménage soient détournés de cette destination par le mari : juge Mathieu, *Kavanagh* v. *McCrory*, 7 R. de J., p. 147. Mais l'interdiction du mari pour démence ne donnerait pas à la femme le droit d'obtenir la séparation de biens : juge Stuart, *Paradis* v. *Laflamme*, 8 Q. L. R., p. 307.

(*b*) Pour qu'il y ait lieu à l'action en séparation de biens, il faut qu'elle puisse produire des effets légaux. Ainsi la femme mariée sous le régime d'exclusion de la communauté peut avoir intérêt à demander la séparation de biens, pour reprendre l'administration de ses biens ; mais si les parties ont été mariées dans un pays où la séparation de biens existe de droit, et sont ensuite venues résider ici, la femme n'a aucun intérêt à demander la séparation de biens et une telle action sera renvoyée : juge Mackay, *Dalton* v. *King*, 9 R. L., p. 548, et *Wiggins* v. *Morgan*, 9 R. L., p. 546 (*Contrà*, juge Smith, *Sweetapple* v. *Gwilt*, 7 L. C. J., p. 106, et 13 L. C. R., p. 167.)

La séparation de biens ne peut être demandée et prononcée qu'en justice. Cette règle se rattache au principe que les époux ne peuvent plus, dès que le mariage est célébré, changer leurs conventions matrimoniales (art. 1265).

Concluons-en 1° que la séparation prononcée par sentence arbitrale serait nulle; 2° que la femme est tenue d'établir le péril de [[ses intérêts]] par des preuves autres que l'aveu du mari (art. 1095 C. P. C.).

La femme ne peut introduire sa demande qu'en vertu d'une autorisation donnée par [[un juge sur requête à cet effet, ou sur conclusion à cette fin contenue dans la demande en séparation (art. 1090, C. P. C.).

L'assignation doit être donnée devant le tribunal du domicile du mari, ou, s'il a abandonné son domicile, devant le tribunal du dernier domicile commun des époux (art. 96, C. P. C.) (*a*).

Les formalités requises pour l'assignation ordinaire doivent être remplies à la rigueur (art. 1092, C. P. C.).]]

La demande doit, à peine de *nullité,* être rendue publique, dans les formes prescrites par l'article 1092 du code de procédure [[c'est-à-dire par un avis inséré pendant un mois dans la *Gazette Officielle* et dans deux journaux locaux.]]

Cette publicité est nécessaire pour avertir:

1° Les créanciers actuels, qui ont intérêt à intervenir au procès pour s'opposer à la séparation, en montrant que [[les intérêts de la femme ne sont]] pas sérieusement en péril;

2° Les tiers qui contracteront à l'avenir, soit avec le mari, soit avec la femme. Ils ont, en effet, intérêt à connaître la demande: car la séparation de biens *prononcée* produit son effet, non pas seulement du jour du *jugement,* mais du jour de la demande (art. 1314). (Voy. *infra,* p. 272).

[[Il ne peut être procédé sur la demande qu'après la publication de l'avis ci-dessus mentionné (art. 1092, C. P. C.).

La femme peut faire saisir-gager les biens meubles de la communauté, pour la conservation de sa part (art. 1093, C. P. C.).

Le jugement qui prononce la séparation peut liquider les reprises de la femme, ou en ordonner la liquidation (art. 1096, C.P. C.).]]

(*a*) Le jugement de séparation obtenu dans un autre district serait absolument nul, et ne dissoudrait pas la communauté: juge Chagnon, *Molleur* v. *Déjadon*, 6 R. L., p. 105. Le jugement de séparation obtenu en France, entre parties y domiciliées, vaudrait ici; juge Mathieu, *Goudron* v. *Lemonier*, M. L. R., 1 S. C., p. 160

5° *Des formalités ou conditions que la femme doit accomplir après que le jugement a été rendu,* [[*et sans lesquelles la séparation est sans effet.*]] Elle doit:

1° Le rendre public [[suivant les dispositions des articles 1313 du code civil, et 1097 du code de procédure. L'article 1313 du code civil tel qu'amendé par les statuts refondus, art. 6235, et par 60 Vict., ch. 50, s'exprime comme suit:

1313. " Le jugement en séparation de biens doit être inscrit suivant les dispositions du côde de procédure civile.

" La séparation n'a d'effet contre les tiers que du jour où ces formalités ont été remplies. "

Les dispositions du code de procédure dont il est ici question sont contenues à l'article 1097, C. pr., qui dit que " le jugement " en séparation doit être inscrit sans délai par le protonotaire " sur un tableau tenu à cet effet et affiché dans le greffe du tri- " bunal qui a rendu le jugement; et de cette inscription ainsi " que de sa date, il est fait mention à la suite du jugement " dans le registre où il est entré (*a*)."]]

Cette publicité est exigée pour avertir, d'une part, les personnes qui ont le droit d'attaquer le jugement (voy. *infra,* p. 272), et, d'autre part, les tiers qui contracteront à l'avenir avec le mari ou avec la femme.

2° Le mettre à exécution. L'exécution doit consister dans le paiement des droits de la femme jusqu'à concurrence des biens du mari. Le paiement doit être *réel* et constaté par acte authentique. [[En effet, l'article 1312 du code civil, tel que modifié par la loi 60 Vict., ch., 50, dit ce qui suit:

1312. " La séparation de biens, quoique prononcée en jus- " tice, est sans effet, tant qu'elle n'a pas été exécutée en la ma- " nière énoncée au code de procédure civile (*b*)."

L'article 1098 du code de procédure dit que " le jugement de " séparation peut être exécuté volontairement par le paiement " réel, constaté par acte authentique, des droits et reprises de " la femme, ou en justice, par des procédures aux fins d'obtenir " ce paiement, mais sans préjudice des droits des tiers. "

(*a*) Cette disposition est imitée du code Napoléon, art. 1445.

(*b*) Cet article ne fixe aucun délai sous lequel doivent être commencées les procédures de l'exécution, tandis que le code Napoléon (art. 1444) fixe ce temps à quinze jours après le jugement. " Ce délai," disent nos codificateurs, " paraît être trop court, l'on a pensé même qu'il était " mieux de ne le pas déterminer du tout, et qu'il suffisait de dire que " tant que le jugement n'est pas exécuté, ou du moins les procédures ' commencées, la séparation est sans effet."

Les dispositions de notre loi, que je viens de citer, relatives à la publication et à l'exécution du jugement de séparation, modifiant l'ancien droit, ne s'appliquent pas aux causes en séparation antérieures à la mise en force du code civil (juge Mathieu, *Dubord* v. *Aubin,* 17 R. L., p. 417).

Revenons sur les termes de l'article 1098 du code de procédure pour résoudre un cas particulier. Il dit que le jugement de séparation de biens peut être exécuté volontairement " par " le paiement réel, constaté par acte authentique, des droits et " reprises de la femme, ou en justice par des procédures aux " fins d'obtenir ce paiement " (*a*).

Le but de la loi en exigeant cette exécution, c'est moins de protéger la femme, que de s'assurer de la sincérité de celle-ci en exigeant cette séparation. Car si la femme, après avoir allégué que ses intérêts sont en péril ou que le désordre des affaires de son mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir ses droits et reprises, et après avoir obtenu pour ce motif la séparation de biens, ne tentait pas d'obtenir le paiement de ses droits et reprises, il serait évident, ou bien que le péril était illusoire, ou bien que les époux avaient agi collusoirement. Les tiers dont les droits peuvent être affectés par la séparation, peuvent donc se plaindre de la comédie que les époux ont jouée et tenir la séparation qui n'a pas été exécutée pour non avenue.

Cela étant, que décider lorsque la femme n'avait aucuns droits et reprises à exercer contre son mari, et n'a obtenu la séparation que parce qu'elle pouvait, par son travail et son industrie, gagner sa vie et celle de ses enfants? Faudrait-il quand même instituer des procédures pour exécuter une séparation de biens prononcée pour un tel motif?

Quelques arrêts ont décidé que des procédures pour faire payer les frais de la demande, ou même l'enregistrement de la renonciation à la communauté par la femme, seraient une exécution suffisante (*b*) Je crois ces arrêts mal fondés. L'exécution pour les frais de la demande n'est pas l'exécution qu'exige la loi, et la renonciation de la femme à la communauté ne

---

(*a*) Le jugement de séparation serait valablement exécuté par le paiement réel fait à la femme de sa part en la communauté, constaté par acte authentique du partage des biens qui la composaient, et cet acte de partage pourra, sur motion, être homologué par la cour (juge Torrance, *Holland & Caughlan,* 16 L. C. J., p. 105).

(*b*) Juge Mathieu, *Dubord* v. *Aubin,* 17 R. L., p. 414; cour supérieure, *Senécal* v. *Labelle,* 1 L. C. J., p. 273.

fait pas voir que celle-ci n'a aucuns droits et reprises à exercer contre son mari. Cette renonciation n'est que ce qu'on peut attendre d'une femme qui allègue le désordre des affaires de son mari et qui partant a intérêt à ne ne pas courir l'aventure d'accepter une communauté peu prospère.

Mais je crois également que si la femme n'a réellement pas de droits et reprises à exercer contre son mari, il ne peut être question d'exécution et, partant, que le défaut d'exécution n'affecte pas la validité de la séparation. Mais il faut que ce défaut de droits et reprises soit constaté, et il pourra l'être, soit avant jugement par une déclaration de la femme dont le jugement de séparation lui donnera acte (*a*), soit par un rapport d'un praticien, soit enfin par une déclaration faite devant un notaire par la femme dûment autorisée (*b*).

Ajoutons, toutefois, que l'insolvabilité du mari ne serait pas une raison de ne pas intenter des procédures en exécution de la sentence de séparation. La femme ferait alors constater le défaut de biens par un procès-verbal de carence. Mais elle peut accepter un paiement partiel, si l'actif du mari ne suffit pas pour lui permettre d'obtenir un paiement intégral.

On décide généralement que la femme ou même le mari peut traiter la séparation comme nulle pour défaut d'exécution (*c*); mais, dans la cause de *Pariseau* v. *Huot*, R. J. Q., 19 C. S., p. 379, le juge Langelier a décidé que la femme ne pouvait pas plaider la nullité de la séparation, pour défaut d'exécution, à l'encontre d'un tiers avec qui elle avait contracté en qualité de femme séparée de biens. On décide également en France, que seuls les créanciers du mari à l'époque de la séparation peuvent attaquer cette séparation pour défaut d'exécution (*d*).

(*a*) Voy. *Deschamps* v. *Charbonneau*, 11 R. L., p. 556, Jetté, juge; *Pepin* v. *Labelle*, 11 R. L., p. 558, Rainville, J.

(*b*) Ces questions ont été soulevées dans une cause de *Mailloux* v. *Drolet & Péloquin*, R. J Q., 18 C. S., p. 567, où j'occupais pour l'opposante. Voy. les autorités qui y sont citées. Le juge Pagnuelo y a décidé que pour exempter la femme qui a obtenu une séparation de biens contre son mari, de faire exécuter la sentence, il ne suffit pas que cette sentence n'accorde à la femme aucuns droits et reprises, mais que l'absence de tels droits et reprises doit être constatée par un rapport de praticien ou par une déclaration de la femme.

Voy. aussi Rousseau & Laisney, *Dictionnaire de procédure civile*, vo *Séparation de biens*, no 157.

(*c*) Fuzier-Herman, sur l'art. 1444 C. N., nos 52 et s.

(*d*) Fuzier-Herman, no 50. Voy. aussi, en ce sens, juge Mathieu, *Gougeon* v. *Descarries*, 18 R. L., p. 255.

Enfin, dans les procédures faites par la femme pour obtenir le paiement de ses droits, elle doit être considérée comme séparée de biens, malgré les termes de l'article 1312, et elle peut prendre cette qualité (cour d'appel, *Bernier* & *Gendron*, 17 Q. L. R., p. 377).

Une difficulté reste à résoudre. Nous avons vu que la séparation de biens est sans effet tant qu'elle n'a pas été exécutée. En est-il de même de la séparation de biens qui résulte, par voie de conséquence, de la séparation de corps (art. 208)?

L'affirmative a été jugée par le juge Lavergne, dans la cause de *Lafleur* v. *Morin* (R. J. Q., 21 C. S., p. 483), et le savant juge a prononcé l'inefficacité de la séparation de biens accessoire, à la demande de la femme même contre qui la séparation de corps avait été admise. La négative a été soutenue par le juge DeLorimier dans la cause de *Rivest* v. *Lafrance*, 7 R. de J., p. 311.

En faveur de la première solution, on peut invoquer la disposition de l'article 1104 du code de procédure civile, aux termes duquel " l'instruction de la cause (en séparation de corps), la " sentence, son exécution et sa publication sont assujetties aux " dispositions contenues en la section qui précède." Et la section qui précède, c'est celle qui traite de l'exécution de la sentence de séparation de biens.

Le juge Lavergne était d'avis que, d'après l'ancien droit, la séparation de biens accessoire, comme la séparation de biens principale, devait être exécutée, et il a cité Prévost de la Jaunés, tome 2, n°s 351 et 352, qui, après avoir parlé de l'une et de l'autre, ajoutait: " Lorsque ces séparations sont prononcées, elles " n'ont d'effet pour dissoudre la communauté qu'autant qu'elles " sont exécutées (*a*)."

J'adopte cependant, et sans aucune hésitation, la négative. Et d'abord, l'article 1104 du code de procédure civile a pour but d'indiquer les formalités de l'exécution de la séparation de corps, et sa disposition est générale et s'applique même aux conclusions de séparation de corps, et non pas de créer des déchéances ou des fins de non-recevoir qui n'ont été décrétées que pour la séparation de biens principale.

(*a*) Ce passage ne me paraît pas concluant. En supposant que l'auteur parle ici de la séparation de corps, veut-il dire qu'elle ne dissoudra la communauté que si elle est exécutée, en tant que séparation de corps, ou veut-il enseigner qu'elle ne dissoudra la communauté qu'autant que la séparation de biens qu'elle comporte sera elle-même exécutée? Il n'est pas facile de le déterminer à la lecture du passage cité. D'ailleurs, je crois que l'auteur n'entend traiter ici que de la séparation de biens, et non pas de la séparation de corps, car il ne parle, dans la suite, que de l'exécution de la séparation de biens.

Du reste, c'est la loi elle-même qui dissout la communauté lorsque l'un des époux a obtenu la séparation de corps (art. 208 et 209). On ne peut, en effet, concevoir la communauté de biens, qui n'est que la conséquence de la communauté d'habitation, continuant après la séparation de corps, pas plus qu'elle ne pourrait survivre à la dissolution du mariage. C'est une impossibilité juridique, et il faudrait un texte bien plus formel que l'article 1104 C. P. C., pour nous autoriser à enseigner une telle doctrine.

D'ailleurs les motifs qui exigent l'exécution de la sentence de séparation de biens, et que j'ai indiqués plus haut (p. 264), ne s'appliquent nullement à la séparation de corps. Quand il s'agit de la séparation de biens principale, qui ne peut être accordée que lorsque les intérêts pécuniaires de la femme sont mis en péril, l'exécution de la sentence, par le paiement réel des droits et reprises de la femme ou des procédures pour obtenir ce paiement, fait voir que ce péril existait réellement, et que la femme n'a pas obtenu, sous de faux prétextes, le changement de son régime matrimonial. Mais la séparation de corps est fondée sur d'autres considérations; il y a eu violation, par l'un des époux, des obligations qui découlent du mariage, la vie en commun est devenue impossible, l'existence même de l'un des époux est peut-être en danger. Ce sont là des considérations de l'ordre moral, et si la séparation de corps que l'on accorde pour ces motifs, entraîne la séparation de biens—sans qu'on la demande ou qu'on la veuille, et sans que le mari y ait donné lieu par sa mauvaise administration (*a*),—c'est que les époux ne peuvent être unis de biens alors qu'ils sont séparés de corps, c'est que la communauté de biens ne peut exister sans la communauté d'habitation. Comment l'exécution de la séparation de biens qui découle de la séparation de corps, peut elle démontrer la sincérité de la demande de séparation de corps? Personne ne soutiendra que le défaut d'exécution de la séparation de biens accessoire empêchera les époux d'être séparés de corps. Or, s'ils sont séparés de corps, ils sont forcément séparés de biens, car la séparation de corps emporte celle de biens (art. 208). Donc, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas exécution, la séparation de biens accessoire ne peut ne pas exister, tant que dure la cause qui l'a produite.

L'article 1320, d'ailleurs, fait voir la différence essentielle qu'il y a entre ces deux séparations de biens. Celle qui n'est

---

(*a*) Il se peut, en effet, que le mari contre qui la séparation de corps a été prononcée, ait très bien administré les biens de la communauté et ceux de la femme, et que celle-ci n'eût pas pu lui réclamer la séparation de biens.

que la conséquence de la séparation de corps, cesse de plein droit par le retour de la femme dans la maison du mari (*a*). Elle a été produite par la séparation d'habitation, elle cesse dès que les époux reprennent leur vie commune: *cessante causâ, cessat effectus.* La séparation de biens principale, au contraire, ne peut cesser que lorsque les époux, par un acte passé devant notaire, ont déclaré vouloir retourner à leur ancien régime.

La doctrine contraire nous conduirait à des conséquences étranges pour ne pas dire absurdes. Les époux seraient séparés de corps, la femme déliée de l'obligation de vivre avec son mari (art. 207), elle pourrait se faire restituer sa dot et ses apports, et exiger les dons et avantages qui lui ont été faits par le contrat de mariage (art. 208). Le mari serait obligé de faire inventaire des biens de la communauté et de les partager avec sa femme (art. 209), et pourtant il aurait encore l'administration et la jouissance des biens personnels de sa femme (art. 1298)! Et tout cela parce que celle-ci n'aurait pas demandé le paiement de ses droits et reprises. Je le répète, les effets de la séparation de corps, quant aux biens des époux, sont déterminés par la loi, l'inaction de la femme n'y peut rien, ce n'est que par la cessation de la cause que l'effet peut lui-même cesser.

Je crois donc que lorsque la communauté a été dissoute par la séparation de corps, le défaut d'exécution de la séparation de biens accessoire n'empêchera pas cette séparation de biens d'exister (*b*). Le plus qu'on pourrait dire, c'est que le défaut d'exécution rendrait la séparation inopposable aux créanciers des époux, mais même cette prétention me paraît insoutenable. Le défaut de publicité est un cas plus favorable, et pourrait peut-être justifier les créanciers à méconnaître la séparation de biens.

Nous trouvons quelques autres dispositions quant au paiement des droits et reprises de la femme aux articles 1314 *c*, 1314 *d* et 1314 *e*. Ce ne sont, cependant, que les articles 982, 983 et 984 de l'ancien code de procédure civile qui ont été ajoutés au code civil par la loi 60 Vic., ch. 50. J'ajouterai que le législateur les avait copiés presque textuellement de Pigeau, *Procédure civile du Châtelet de Paris*, t. 2, p. 196.

(*a*) Voy. aussi l'art. 217.

(*b*) C'est ce qu'on enseigne unanimement en France. Voy. Fuzier-Herman, sur l'art. 1444 C. N. n° 1. On objectera qu'il n'y a pas dans le droit français d'article comme notre article 1104, C. P. C. Mais il y a un article, l'art. 880 C. pr., qui oblige les époux à faire publier la sentence de séparation de corps, et malgré le défaut de publicité, et tout en réservant le recours des créanciers, on enseigne que les époux, entre eux, n'en restent pas moins séparés de biens. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de Mariage*, t. 2, p. 144, note (2) au n° 963 *bis*.

Ainsi, aux termes de l'art. 1314*c*, " lorsque les reprises de la " femme consistent en mobilier, le mari peut exiger qu'elle en " emploie le montant ou partie en achat d'immeubles. "

On peut se demander quel a été le but du législateur en donnant ce droit au mari. Par la séparation de biens la femme acquiert la libre administration de ses biens et peut même aliéner son mobilier (art. 1318) (*a*). Et si la femme est obligée d'acquérir des immeubles, elle perdra cette faculté de disposer de ses meubles. La raison qu'en donne Pigeau, c'est que le mari est responsable du montant des reprises envers les héritiers de sa femme, nonobstant la séparation, afin qu'elle ne l'avantage pas indirectement contre le vœu de la coutume. Cette raison ne me paraît pas bien convaincante, car il faudrait alors exiger que la femme séparée de biens place tous les deniers qu'elle reçoit en acquisition d'immeubles, autrement elle pourrait laisser ces deniers entre les mains de son mari et l'avantager indirectement. Quoi qu'il en soit, notre article est clair et précis et ne peut donner lieu à aucune difficulté d'interprétation.

L'article 1314*d* ajoute que " si le mari abandonne des im- " meubles à sa femme en paiement des reprises de cette der- " nière, elle doit poursuivre et obtenir une sentence de ratifica- " tion de l'acte qui contient cette stipulation, suivant les for- " mes prescrites dans le code de procédure civile. "

Cette disposition est plus étrange encore que la précédente. La procédure en ratification de titre, articles 1067 et suiv. C. P. C., a pour but la purge des privilèges ou hypothèques qui affectent un immeuble. Or, si le mari donne en paiement à sa femme un immeuble qui est libre de toute charge, dans quel but imposerait-on à la femme cette procédure coûteuse et absolument inutile (*b*)? Et même si la propriété est hypothéquée, la femme ne pourra obtenir la purge des hypothèques qu'en déposant le prix de l'immeuble, c'est-à-dire le montant de sa créance contre son mari, chose qui lui sera peut-être impossible (art. 1080 C. P. C.). Pigeau dit que la femme doit faire purger les hypothèques, parce qu'autrement elle serait exposée à être poursuivie par les créanciers hypothécaires du mari. Il ajoute que si ceux-ci trouvent que l'immeuble vaut moins que la somme

---

(*a*) Je dirai, plus loin, en parlant de la séparation conventionnelle, dans quels cas la femme séparée de biens peut aliéner son mobilier.

(*b*) Je n'ignore pas que la ratification de titre peut être demandée en l'absence même de toutes hypothèques (art. 1080 C. P. C.); mais dans un cas comme celui-là, on ne demande jamais la ratification, et on n'aurait pas dû l'imposer à la femme.

pour laquelle il est abandonné, ils peuvent surenchérir. Tout ceci ne paraît pas bien intelligible, mais l'auteur semble avoir cherché le moyen de protéger la femme en lui faisant obtenir un immeuble libre de toutes charges, mais cette protection lui coûtera bien cher.

La femme ne peut même pas échapper à cette protection, car l'article suivant autorise le mari à payer en immeubles les reprises de sa femme, que celle-ci le veuille ou non. Je compléterai ces remarques sur l'exécution de la sentence en citant cette disposition.

1314*e* " Si le montant de la sentence en liquidation des droits " de la femme n'est pas payé volontairement, l'exécution forcée " a lieu comme dans les cas ordinaires.

" Néanmoins, le mari peut contraindre la femme à recevoir " en paiement des immeubles, sur estimation par expert, pourvu " que ces immeubles soient convenables et ne rendent pas la con- " dition de la femme désavantageuse. "

Le premier alinéa de notre article ne souffre pas de difficulté, c'est la seule alternative qui reste à la femme non payée, si elle veut que la séparation de biens qu'elle a obtenue soit effective.

Le deuxième alinéa n'est que le corollaire de l'article 1314*c*. Evidemment, le législateur a voulu que la femme puisse être forcée de recevoir en immeubles ou de placer sur des immeubles le montant qui lui est dû par son mari. Mais le mari ne peut abuser de cette faculté de payer en immeubles, car il faut que ce paiement ne rende pas la condition de la femme désavantageuse. C'est au tribunal qu'il appartient de prononcer sur ce point qui est abandonné à son arbitrage (*a*).

6° *De la faculté qu'a la femme d'accepter ou de répudier la communauté, et de l'enregistrement de sa renonciation.* Nous rentrons ici dans le droit commun. La femme, nous le verrons, a toujours le droit, après la dissolution de la communauté, de l'accepter ou d'y renoncer; toute convention contraire est nulle

---

(*a*) Pigeau explique cette faculté qui est laissée au mari de payer les reprises de sa femme en immeubles en disant " que la femme n'a remis " sa dot à son mari que pour qu'il l'employât utilement, et que celui-ci, " en acquérant des immeubles et les lui remettant, remplit la condition " tacite à lui imposée par le contrat de mariage."

Cette raison n'est pas plus satisfaisante que les autres, car il n'y a que très rarement remise d'une dot au mari. J'ajouterai que je n'ai pu rien trouver, dans le droit français moderne, qui se rapproche des dispositions des trois articles que je viens de commenter.

(art. 1338). Il ne reste qu'à indiquer les formalités qu'elle doit suivre.

L'article 1314*a*, ajouté au code par le statut 60 Vic., ch. 50, pose d'abord la règle du droit commun en ces termes:

1314*a*. " Il est loisible à la femme poursuivant la séparation, " d'accepter ou de répudier la communauté, suivant les circons- " tances, et, à défaut par le mari de faire inventaire, elle peut " sur autorisation y faire procéder, si elle n'a pas renoncé.

" Si elle accepte, le partage se fait en la manière réglée au " titre des *Conventions matrimoniales* " (*a*).

Sur un point cet article diffère de la règle générale. En principe, la femme survivante ne peut renoncer sans faire inventaire. Ici si elle renonce, elle ne peut exiger l'inventaire, car alors elle abandonne l'actif de la communauté à son mari. Mais avant de faire acte soit d'acceptation soit de répudiation, je crois qu'elle peut exiger l'inventaire, précisément pour déterminer s'il lui serait avantageux d'accepter. Du reste, l'article 209 impose au mari, et sans distinction, l'obligation de faire inventaire.

L'effet de l'acceptation est le même. quant à la responsabilité de la femme pour les dettés de la communauté, que lorsque la communauté se dissout par le prédécès du mari.

La renonciation de la femme doit être faite au greffe de la cour, ou être reçue par acte devant notaire, et la femme n'a pas besoin d'autorisation pour renoncer (juge Pagnuelo, *Trudeau* v. *Labossière,* 7 R. de J., p. 150). La renonciation peut aussi se faire avant jugement de séparation, par une déclaration de la femme dont le jugement lui donnera acte (voy. *Deschamps* v. *Charbonneau,* 11 R. L., p. 556, Jetté J., et *Pepin* v. *Labelle,* 11 R. L., p. 558, Rainville J.).

Mais il ne suffit pas à la femme de renoncer à la communauté. Pour être opposable aux tiers, cette renonciation doit être enregistrée. C'est la disposition de l'article 1314*b* également emprunté à la loi 60 Vic., ch. 50.

1314*b* . " La renonciation par la femme à la communauté " doit être enregistrée au bureau d'enregistrement dans la cir- " conscription duquel le mari était domicilié au temps où la " demande a été intentée, ou, si le mari n'avait pas alors de domi- " cile dans la province, du bureau dans la circonscription du-

---

(*a*) Il eût été plus simple de dire " en ce titre ". La distraction du législateur provient du fait qu'il a ajouté au code civil, sans le modifier, l'article 979 de l'ancien code de procédure civile.

" quel les époux ont eu leur dernier domicile commun avant " l'institution de l'action " (*a*).

Le défaut d'enregistrement de la renonciation de la femme n'affecte pas la validité de la séparation, mais la renonciation ne peut être opposée aux tiers (art. 2126). Aucun délai n'est fixé pour effectuer cet enregistrement; partant il peut être fait en tout temps, sauf les droits acquis des tiers.]]

7° *Des voies d'attaque contre le jugement et des personnes qui ont qualité pour l'attaquer.* — Le mari peut l'attaquer: par la voie de l'opposition, s'il a été condamné par défaut; par la voie de l'appel, si le jugement est en premier ressort. Ses créanciers peuvent l'attaquer par les mêmes voies, conformément au principe de l'article 1031. Mais ils ont de plus un moyen qui leur est personnel: ils peuvent, lorsqu'ils ne sont pas intervenus au procès, l'attaquer par la voie de la *tierce opposition* et le faire réformer en ce qui les concerne, pourvu qu'ils établissent un concert frauduleux entre les époux (art. 1032 et 1316) (*b*). La tierce opposition serait également pour les créanciers de la femme un moyen d'attaquer le jugement obtenu en fraude de leurs droits.

8° *Des effets du jugement, et du jour où ils sont produits.*— Si la communauté n'était réputée dissoute que *du jour du jugement de séparation,* le recours accordé à la femme pour sauver [[ses intérêts]] en péril viendrait souvent trop tard: car, dans l'intervalle de la demande au jugement, le mari pourrait devenir complètement insolvable et achever de dissiper ce qui reste des biens communs. Mais la loi, afin de rendre pleinement efficace le recours accordé à la femme, déclare que l'effet du jugement, c'est-à-dire la dissolution de la communauté, remonte tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des époux eux-mêmes, *au jour de la demande.* [[Cette règle est exprimée dans les termes suivants par l'article 1314, qui est une reproduction textuelle du deuxième alinéa de l'article 1445 du code Napoléon:

1314. " Le jugement qui prononce la séparation de biens re- " monte, quant à ses effets, au jour de la demande."]]

Ainsi, du jour de la demande, le mari a perdu et la femme a repris: 1° la jouissance; 2° l'administration de ses biens propres; 3° l'exercice de ses actions mobilières et de ses actions

---

(*a*) Sauf la dernière phrase, ce n'est que la reproduction de l'article 980 de l'ancien code de procédure civile. Dans la cinquième ligne de notre article, on devrait substituer "*au* bureau" à "*du* bureau"; mais l'article est reproduit textuellement d'après le statut.

(*b*) Voy. *supra*, p. 259; aussi l'art. 1185, C. P. C.

immobilières possessoires. Tous les fruits échus ou perçus, provenant de ses propres postérieurement à la demande, lui sont restitués en totalité. Les meubles acquis depuis la demande, à titre de succession ou de donation, sont restés propres à l'époux acquéreur. Les actes de disposition des biens communs ou les actes d'administration des biens propres de la femme, faits par le mari et postérieurs à la demande, ne peuvent pas être opposés à la femme (1.)

Mais les actes de simple administration des biens communs, *faits sans fraude,* sont valables, même à l'égard de la femme: car le mari est resté, pendant l'instance, l'administrateur de la communauté (2).

La femme qui reprend la *libre administration de ses biens* peut, sans aucune autorisation, toucher ses revenus, louer ses immeubles pour une période de neuf ans, aliéner *à titre onéreux* son mobilier, [[quand telle aliénation constitue un acte d'administration,]] recevoir ses capitaux mobiliers, en un mot, faire tous les actes qui ne dépassent pas la limite d'une très large administration.

Mais elle ne peut pas, sans autorisation, aliéner ses immeubles, ni *donner* son mobilier (*a*), ni faire tous autres actes qui ne sont pas d'administration (*b*).

Elle est obligée de contribuer aux charges du mariage proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, et de les supporter seule si le mari n'a rien (*c*).

---

(1) Quant aux actes d'administration des biens propres de la femme, voy., en sens contraire, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 516, p. 402, note 50.

(2) Suivant M. Laurent (t. 22, nos 348 et suiv.), la femme peut invoquer le bénéfice de la rétroactivité par cela seul que les actes du mari, quels qu'ils soient, lui sont préjudiciables.

(*a*) Voy., à l'appui de cette solution, les raisons exposées par M. Baudry-Lacantinerie, no 186.

(*b*) L'article 1318, qui est une reproduction textuelle de l'article 1449 du code Napoléon, s'exprime comme suit :

1318. " La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seu-" lement, en reprend la libre administration. Elle peut disposer de son " mobilier et l'aliéner. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le con-" sentement du mari, ou sans être autorisée en justice, à son refus."

Voy., quant à cet article et sa comparaison avec l'article 177, les remarques du juge Jetté, dans la cause de *Lamontagne* v. *Lamontagne*, citée en mon tome Ier, p. 522.

Comp. M. Baudry-Lacantinerie, no 186. Cet auteur paraît être revenu sur l'opinion qu'il énonce à l'endroit cité. Je discuterai toute la question en parlant de la séparation de biens conventionnelle.

(*c*) C'est ce que dit dans les termes suivants l'article 1317, qui est une reproduction exacte de l'article 1448 du code Napoléon :

1317. " La femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer,

Elle peut donner à son mari mandat d'administrer pour elle, *avec charge de rendre compte des fruits.* Le mari est alors tenu, comme tout mandataire, et, par conséquent, comptable des fruits qu'il a perçus.

Si, sans mandat, mais aussi sans opposition, il jouit des biens de sa femme, il n'est comptable que des fruits encore existants. Quant à ceux qu'il a consommés, il est réputé les avoir employés, du consentement de sa femme, aux besoins du ménage : partant, il n'en doit pas compte (art. 1425).

S'il jouit malgré l'opposition constatée de sa femme, il est alors comptable de tous les fruits, tant existants que consommés.

Lorsque la femme vend un de ses immeubles *durant la communauté,* ce n'est pas elle qui a le droit de toucher le prix. S'il est payé, la communauté en devient propriétaire et débitrice envers la femme. Si l'argent est placé, c'est pour le compte et aux risques de la communauté, et, par conséquent, du mari : car il est garant envers sa femme des obligations de la communauté. Y a-t-il remploi, l'immeuble nouvellement acquis appartient à la femme et reste à ses risques.

Les choses ne se passent pas ainsi quand la vente est faite *depuis la séparation de biens.* Le prix est alors payé à la femme, qui en devient propriétaire et peut en disposer, le placer comme elle l'entend, mais à ses risques et périls. Tel est le principe.

Mais, si le mari a touché le prix, ou si ce prix a tourné à son profit, le mari doit en faire *emploi,* c'est-à-dire le placer, ou en faire *remploi,* c'est-à-dire l'employer à acquérir un immeuble au nom de sa femme. Manque-t-il à ce devoir, il est responsable. [[Voici en effet comment s'exprime l'article 1319 :

1319. " Le mari n'est pas responsable du défaut d'emploi ou " de remploi du prix de l'immeuble que la femme a aliéné sous " l'autorisation de la justice, à moins qu'il n'ait concouru au " contrat ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus " par lui, ou ont tourné à son profit.

" Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi si la vente a " été faite en sa présence et de son consentement " (*a*).]]

" proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant aux " frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs. Elle " doit supporter entièrement ces frais s'il ne reste rien au mari."

Voy. plus loin ce que je dis et les causes que je cite en rapport avec l'article 1423.

(*a*) Cet article reproduit textuellement l'article 1450 du code Napoléon, sauf que ce dernier ajoute en dernier lieu que le mari n'est point garant de l'utilité de l'emploi.

Le mari est *présumé* avoir touché le prix dans deux cas : 1° lorsque, la vente ayant eu lieu avec son autorisation, il a été présent à la passation du contrat (1) ; 2° lorsque, la femme ayant, sur son refus, obtenu l'autorisation de justice, il a plus tard concouru au contrat. Cette double présomption légale est fondée sur l'influence qu'un mari exerce sur sa femme : la loi suppose qu'il l'a employée pour se faire remettre le prix, lorsqu'elle le voit se mêler à ses affaires, concourir au contrat.

S'il y reste étranger, cette présomption légale n'existe plus. Mais la femme peut établir par d'autres preuves que le prix a été payé à son mari, ou qu'il a tourné à son profit ; auquel cas il devient responsable du défaut d'emploi ou de remploi.

Le mari n'est, en aucun cas, responsable de l'*utilité* de l'emploi ou du remploi. Ainsi, il a placé l'argent, et l'emprunteur, fort solvable au moment du contrat, est tombé plus tard en faillite : la femme n'a aucun recours contre son mari. L'argent une fois placé est aux risques de la femme, qui doit en surveiller la conservation (*a*).

Nous venons de voir que le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ; l'article 1314 le dit expressément. Mais qu'était-il besoin de s'en expliquer en termes si formels ? Est-ce que tout jugement n'est pas rétroactif ?

Le principe de rétroactivité est, en effet, commun à tous les jugements ; mais, par exception, ce principe n'eût pas été applicable au jugement de séparation de biens si la loi ne l'eût pas dit expressément.

En effet, si les jugements sont rétroactifs, c'est, d'une part, parce qu'ils sont, non pas *attributifs de droits nouveaux*, mais simplement *déclaratifs de droits préexistants*, et que, d'autre part, le demandeur qui triomphe ne doit pas souffrir de l'*injuste* résistance du défendeur : l'équité veut qu'il obtienne par le jugement tout ce qu'il eût obtenu si le jugement eût été rendu le jour même de la demande.

---

(1) Plusieurs auteurs enseignent que le mari est responsable du défaut d'emploi du prix, par cela seul que le contrat de vente a été passé de son consentement. (Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 516, pp. 406 et 407, notes 72 et 73.—*Contrà*, M. Laurent, t. 22, nos 328 et suiv.).

(*a*) Le code Napoléon, art. 1450, nous l'avons vu, en a une disposition expresse qui a été omise dans notre article 1319. Mais je crois que ce serait étendre les termes de notre article que de rendre le mari garant de l'utilité de l'emploi, par le seul fait qu'il aurait autorisé la vente. Il faudrait pour cela qu'il y eût faute de sa part, car le mari répondrait toujours de sa faute sous l'article 1053.

Or, ni l'un ni l'autre de ces motifs ne se rencontrent dans notre espèce: d'une part, le jugement qui prononce la séparation crée un état de choses qui n'existait pas, et d'où naissent des droits nouveaux; d'autre part, la résistance du mari n'est pas injuste, puisque la loi ne lui permettait pas d'acquiescer (voy. *supra*, p. 262).)

Sans doute, la séparation de biens doit rétroagir jusqu'au jour de la demande, afin d'empêcher le mari d'achever la ruine de la communauté dans l'intervalle de la demande au jugement; mais il était nécessaire que la loi s'en expliquât formellement, pour prévenir toute espèce d'incertitude à cet égard.

La séparation de biens qui résulte de la séparation *de corps* (art. 208, 209, 1310), ne rétroagit point au jour de la demande: car ni les motifs qui ont fait admettre le principe général de la rétroactivité des jugements, ni le motif spécial qui l'a rendu applicable au jugement de séparation de biens. ne se rencontrent dans le jugement de séparation de corps. En effet: 1° ce jugement est attributif de droits nouveaux; 2° on ne peut pas reprocher au mari d'avoir contesté, puisque la loi défend les séparations de corps volontaires; 3° il est inutile de déclarer la communauté dissoute du jour de la demande, puisque la femme qui plaide en séparation de corps a pour but, non pas de sauver [[ses intérêts]] que son mari administre peut-être en très bon père de famille, mais de faire cesser la vie commune, rendue insupportable par les mauvais procédés auxquels elle est soumise. On ne comprendrait pas, d'ailleurs, que la communauté fût dissoute du jour de la demande en séparation de corps, au cas où la séparation a été obtenue à la requête du mari CONTRE sa femme. J'ajoute que, si la loi avait entendu consacrer ici le principe de rétroactivité, elle aurait certainement, et c'est ce qu'elle n'a point fait, appliqué à la demande en séparation de corps le principe de publicité auquel elle a assujetti la demande en séparation des biens (voy. *supra*, p. 262). Cette différence entre les deux cas est décisive (1).

Mais la femme dont [[les intérêts sont]] en péril peut joindre à sa demande en séparation de *corps* une demande en séparation *de biens*, et faire marcher de front les deux procédures. La

(1) En ce sens, voy. notamment M. Valette, *Cours de Code civil*, t. Ier, pp. 374 et 375; M. Laurent. t. 22, nos 338 et 339. [[Comp. aussi M. Baudry-Lacantinerie, no 183, et mon tome 2, pp. 40 et suiv.]] — Plusieurs auteurs et la cour de cassation [[en France,]] admettent l'effet rétroactif, *en ce qui concerne les rapports des époux entre eux*. Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 494, pp. 203 et 203, notes 18 et 19.

séparation de biens, étant alors, non plus *accessoire* à la séparation de corps, mais *principale*, produit son effet du jour de la demande (*a*).

Lorsque la femme demanderesse en séparation de biens meurt avant le jugement, ses héritiers ont intérêt à continuer le procès: car. s'ils triomphent, la communauté sera dissoute, non pas du jour du décès de la femme, mais du jour de la demande en séparation.

La femme aurait de même intérêt à continuer le procès contre les héritiers de son mari décédé avant le jugement.

9° *Du rétablissement de la communauté.* — [[Citons d'abord l'article 1320:

1320. " La communauté dissoute par la séparation soit de " corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du " consentement des parties. Au premier cas, le retour de la fem- " me dans la maison du mari effectue de plein droit ce rétablis- " sement; au second cas, il n'a lieu que par un acte passé devant " notaire avec minute dont une expédition est déposée au greffe " du tribunal qui a rendu le jugement en séparation et jointe au " dossier de la cause; duquel dépôt mention est faite dans le re- " gistre à la suite de ce jugement, ainsi que sur le tableau où " est inscrite la séparation, au désir de l'article 1313 " (*b*).

Lorsque la communauté a été dissoute par l'effet de la séparation de corps, le retour de la femme chez son mari rétablit la communauté de plein droit, sans aucune formalité. La cause disparaissant, les effets disparaissaient (art. 217).]]

La séparation judiciaire étant une dérogation au contrat primitif, fondée [[dans le cas de séparation de biens seulement,]] sur le danger que [[courent les intérêts de]] la femme, on a dû lui permettre, lorsqu'elle pense que le danger a cessé, de proposer à son mari de revenir à l'état primitif. Si le mari accepte, la communauté est rétablie. Mais pour cela trois conditions sont exigées:

1° Le consentement doit être constaté par-devant notaire et avec minute;

2° Cet acte doit être rendu public, dans la forme indiquée par l'article 1320: ce n'est qu'à partir de l'accomplissement de

---

(*a*) Sur les effets de la séparation de corps quant aux droits pécuniaires de la femme, voy. mon tome 2, pp. 38 et suiv.

(*b*) Cet article est conforme quant au fond à la loi ancienne, et correspond aux deux premiers paragraphes de l'article 1451 du code Napoléon, dont il diffère cependant, en ce que ce dernier exige, dans le cas de séparation de corps et de biens, un acte authentique et les mêmes formalités que dans le cas de séparation de biens seulement.

cette seconde condition que le rétablissement de la communauté est efficace à l'égard des tiers;

3° La communauté doit être rétablie telle qu'elle était d'abord. Le rétablissement est donc nul, s'il est fait avec des clauses modificatives de la communauté primitive. [[C'est ce que déclare, dans les termes suivants, le deuxième alinéa de l'article 1321: "Toute convention par laquelle les époux réta-"blissent leur communauté sous des conditions différentes de "celles qui le réglaient antérieurement est nulle" (*a*).]]

Ce qui est nul, ce n'est pas seulement la clause modificative, c'est la convention de rétablissement. Le texte de l'article 1321, dernier alinéa, est formel à cet égard. Le substantif auquel se rapporte l'adjectif *nulle* est, en effet, non pas la clause modificative, mais la convention par laquelle on rétablit la communauté. Les parties ont voulu ce que la loi défend, et elles n'ont pas voulu ce qu'elle permet.

10° *Des effets du rétablissement de la communauté.* — La communauté est censée, *en ce qui concerne les époux*, avoir duré *sans discontinuation.* [[En effet, le premier alinéa de l'article 1321 énonce cette règle en ces termes: "Au cas de l'article "précédent, la communauté rétablie reprend son effet du jour "du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y "eût pas eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exé-"cution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par "la femme en conformité de l'article 1318" (*b*).]]

Ainsi les meubles acquis par succession ou donation, dont chaque époux est encore propriétaire au moment du rétablissement, sont biens communs.

Mais le rétablissement ne peut porter aucune atteinte aux actes faits par la femme en conformité de l'article 1318. Ainsi, sont maintenus: les aliénations à titre onéreux et mobilières, les baux de neuf ans qu'elle a consentis, les quittances qu'elle a données, etc.

11° *Des droits de survie.* — Très souvent il est stipulé, dans un contrat de mariage, que tel avantage appartiendra au mari s'il survit, ou à la femme (1) si elle survit, ou bien encore à

---

(1) L'art. 1322 ne prévoit que le cas où l'avantage est stipulé au profit de la femme; mais il n'est pas exclusif des autres cas. La loi a statué *de eo quod plerumque fit:* car c'est presque toujours au profit des femmes que les gains du survie sont stipulés.

(*a*) C'est une reproduction du dernier paragraphe de l'article 1451 du code Napoléon.

(*b*) C'est une reproduction du troisième alinéa de l'article 1451 du code Napoléon.

l'époux qui survivra. Ces libéralités conditionnelles s'appellent *gains de survie*. Si la communauté est dissoute autrement que par la mort de l'un des époux, c'est-à-dire par la séparation de biens ou de corps, on ne sait pas si la condition de la libéralité est réalisée: par conséquent, tout reste en suspens jusqu'au jour du décès de l'un des époux. [[L'article 1322 s'occupe de cette question. Voici comment il s'exprime:

1322. " La dissolution de la communauté opérée par la sépa-" ration soit de corps et de biens, soit de biens seulement, ne " donne pas ouverture aux droits de survie de la femme, à moins " que le contraire n'ait été spécialement stipulé par le contrat " de mariage " (*a*).]]

Toutefois, l'époux *contre* lequel la séparation de corps a été prononcée perd son droit au gain de survie (art. 211).

12° *Quelles différences y a-t-il entre la séparation de biens* PRINCIPALE *et la séparation de corps qui entraîne séparation de biens?* — 1° La première ne peut être obtenue qu'à la requête de la femme; la seconde peut être obtenue même à la requête du mari;

2° La première est demandée quand [[les intérêts de la femme sont]] en péril; la seconde, quand la vie commune est insupportable par suite d'excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre;

3° La première remonte, quant à ses effets, au jour de la demande; la seconde n'a point d'effet rétroactif (*b*).

[[**IV. De la dissolution de la communauté par la séparation de corps.** Il a été traité de cette dissolution dans le paragraphe qui précède, et dans mon tome 2, pp. 38 et suiv.

V. De la dissolution de la communauté par l'absence de l'un des époux. — Il me suffit de renvoyer à ce que j'ai dit de cette dissolution dans mon tome 1er, pp. 321 et suiv.

(*a*) Nos codificateurs ont ici tranché la question controversée de savoir: " si la dissolution de la communauté, qui arrive par autre cause " que la mort naturelle, donne ouverture aux gains de survie, même au " cas où il en a été ainsi convenu." L'article correspondant du code Napoléon (1452) réserve à la femme la faculté de les exercer lors de la mort naturelle ou civile de son mari, mais ne dit pas si les époux peuvent convenir que la dissolution de la communauté arrivant par autre cause leur donnera ouverture.

(*b*) Voy. *supra*, p. 266 et suiv., une autre différence importante quant au défaut d'exécution de la sentence.

§ II. — *De l'usufruit légal du conjoint survivant.*

I. Généralités. — J'ai dit que le législateur de 1897 a remplacé la continuation de communauté par l'usufruit légal du conjoint survivant, subordonné lui aussi à la confection d'un inventaire des biens de la communauté. Cet usufruit légal ne ressemble guère à la jouissance légale que le code Napoléon (art. 384 à 387) accorde au père pendant le mariage et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, ni encore à l'usufruit légal du conjoint survivant créé par la loi française du 9 mars 1891.

Aux termes des articles 384 à 387 du code Napoléon, le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, ont la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourra avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. Cette jouissance ne s'étend pas aux biens que les enfants peuvent acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seraient donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiraient pas. Enfin les charges de cette jouissance sont: 1° celles auxquelles sont tenus les usufruitiers; 2° la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune; 3° le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux; 4° les frais funéraires et ceux de dernière maladie. Cette jouissance n'a pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé; et elle cesse à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage.

D'après la loi du 9 mars 1891 (*a*), lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit et contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée. Le conjoint non divorcé qui ne succède pas à la pleine propriété, et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, a, sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit qui est d'un quart si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage; d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants nés d'un précédent mariage; de moitié dans tous les autres cas, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers. Le calcul de l'usufruit est opéré sur une masse

(*a*) Cette loi est due à l'initiative de M. Delsol.

faite de tous les biens existant au décès du *de cujus*, auxquels sont réunis fictivement ceux dont il aura disposé, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, au profit de successibles, sans dispense de rapport. Cependant, l'époux survivant ne peut exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n'a disposé ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire (*a*), et sans préjudice aux droits de réserve ni aux droits de retour.

Le conjoint survivant cesse d'exercer le droit d'usufruit dans le cas où il a reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteint celui des droits que cette loi lui attribue, et, si ce montant était inférieur, il ne peut réclamer que le complément de son usufruit. Jusqu'au partage définitif, les héritiers peuvent exiger, moyennant sûretés suffisantes, que l'usufruit de l'époux survivant soit converti en une rente viagère équivalente. S'ils sont en désaccord, la conversion est facultative pour les tribunaux. Enfin, outre les causes ordinaires d'extinction de l'usufruit, celui du conjoint survivant cesse, en cas de nouveau mariage, s'il existe des descendants du défunt (*b*).

On saisira mieux les différences entre ces deux systèmes et notre nouvelle législation par l'exposé que je vais en faire sans plus de préambule.

II. De la nature du droit d'usufruit du conjoint survivant. — Aux termes du nouvel article 1323, " après la dissolution de la " communauté par décès et en l'absence de testament à ce con- " traire, le survivant des conjoints a la jouissance des biens de la " communauté venant à ses enfants du chef du conjoint pré- " décédé ; cette jouissance dure, quant à chacun des enfants, " jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de dix-huit ans accomplis ou " jusqu'à son émancipation. "

C'est donc un véritable droit d'usufruit que la loi accorde au conjoint survivant, droit, partant, qui sera régi par les dispositions du titre *De l'usufruit*. Mais c'est un usufruit légal, qui existe en vertu de la loi seule, et qui, comme nous le dit notre article, peut être exclu totalement ou partiellement par un testament contraire du conjoint prédécédé. En cela, l'usufruit de notre code diffère de la jouissance légale que les articles 384 à 387 du code Napoléon accordent au père pendant le mariage et

(*a*) Ces biens ne peuvent être affectés à l'usufruit, mais on en tient compte pour le calcul de ce droit.

(*b*) Voy., sur cette loi, M. Baudry-Lacantinerie, t. 2, nos 130 *bis* et suivants.

au survivant des père et mère après la dissolution du mariage. Ce dernier droit ne peut être affecté par le testament du prédécédé, car c'est un attribut de la puissance paternelle. Ajoutons cependant que l'usufruit légal créé par la loi française du 9 mars 1891 n'existe que sur les biens dont le prédécédé n'a pas disposé ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire. Dans notre droit, un acte d'aliénation entre vifs, consenti par le mari pendant le mariage, faisant sortir de la communauté le bien qu'il aliène, aurait l'effet également d'empêcher ce bien d'être affecté par l'usufruit légal du conjoint survivant. Et quant au testament du prédécédé, il n'est pas nécessaire qu'il porte formellement l'exclusion de l'usufruit, il suffit qu'il lègue sa part de communauté à d'autres qu'aux enfants. Cela fait bien voir que, s'il ne reste pas d'enfants de moins de dix-huit ans et non émancipés, il ne peut être question d'usufruit pour le conjoint survivant. Il y a là une autre différence entre notre droit et le système de la loi du 9 mars 1891.

III. Des biens sur lesquels le conjoint survivant exerce son usufruit. — Ces biens, l'article 1323 le dit, ce sont les biens de la communauté qui viennent aux enfants du conjoint survivant du chef du conjoint prédécédé. Mais, ajoute l'article 1326, "elle (la jouissance du conjoint survivant) ne s'étend pas aux "biens donnés ou légués sous la condition expresse que les père "et mère n'en jouiront pas." Je ne vois pas la raison d'être de cet article. Des biens donnés ou légués aux enfants sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas, n'entrent pas en communauté. Or il n'est question ici que de l'usufruit des biens de la communauté venant aux enfants du chef du conjoint prédécédé (art. 1323). Le législateur a-t-il voulu prévoir le cas assez extraordinaire où le donateur ou testateur stipule que les biens qu'il donne au père ou à la mère entreront en communauté mais deviendront, à la dissolution de la communauté, la propriété exclusive des enfants, sans que le conjoint survivant puisse en réclamer la jouissance? Une telle stipulation serait possible, bien que tout à fait exceptionnelle, et ce serait le seul cas où l'article 1326 pourrait recevoir une application quelconque. (*a*).

Pour comparer maintenant, sous le rapport des biens affectés

(*a*) L'article 1326 de notre code a été copié sur l'article 387 du code Napoléon, mais cette dernière disposition est logique, puisque, dans le droit français moderne, la jouissance légale du père pendant le mariage, ou du survivant des père et mère après la dissolution du mariage, porte sur tous les biens des enfants sans distinction.

à l'usufruit du conjoint survivant, les articles de notre code avec les dispositions similaires du droit français moderne, nous constatons qu'alors que, dans notre droit, l'usufruit n'a lieu que sur la part du prédécédé dans le communauté, dans le droit français moderne tous les biens quelconques des enfants, dans la proportion indiquée, et sauf ceux dont le prédécédé a disposé entre vifs ou par testament, sont affectés à l'usufruit du survivant. Il s'ensuit que s'il n'y a pas eu de communauté, il ne peut être question, dans notre droit, d'usufruit légal du conjoint survivant (*a*).

IV. De la durée de l'usufruit du conjoint survivant. — Aux termes de l'article 1323, " cette jouissance dure, quant à chacun " des enfants, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de dix-huit ans " accomplis ou jusqu'à son émancipation. " En cela, notre article reproduit la disposition de l'article 384 du code Napoléon. Mais ce droit cesse absolument, si avant cette époque, le survivant contracte un nouveau mariage. C'est la disposition de l'article 1325, qui se lit comme suit:

1325. " Cette jouissance cesse dans le cas d'un second ma- " riage. "

Il y a sous ce rapport parité complète entre notre droit et les dispositions du droit français moderne quant à la jouissance légale et quant au droit d'usufruit du conjoint survivant, sauf que la loi du 9 mars 1891 ne fait cesser l'usufruit légal du conjoint survivant qui contracte un nouveau mariage, que s'il existe des descendants du défunt.

V. De l'inventaire que le conjoint survivant doit faire pour avoir droit à son usufruit.

Nous rencontrons ici des dispositions qui existaient dans l'ancien droit.

Citons d'abord les articles 1327 et 1328.

1327. " Dans les trois mois du décès d'un des époux, le sur- " vivant est tenu de faire inventaire des biens et effets com- " muns. "

1328. " Cet inventaire doit être authentique, fait avec un lé- " gitime contradicteur et clos en justice dans les trois mois qui " ont suivi sa confection. "

Ces deux articles sont conformes aux anciens articles 1323 et 1324, sauf ce qui s'y rapporte à la continuation de communauté.

(*a*) N'y aurait-il pas lieu de donner plus d'extension à nos articles ou d'adopter une loi semblable à celle du 9 mars 1891, qui s'applique à tous les régimes entre époux ?

Tout ce que j'en dis plus loin doit, partant, recevoir ici son application *mutandis mutatis*.

Mais l'article 1329 accorde à l'époux survivant la faculté d'obtenir une extension des délais, faculté dont il ne paraît pas avoir joui sous l'ancien droit. Cet article est en ces termes:

1329. " Le survivant, sur requête présentée à l'un des juges " de la cour supérieure, dans le délai fixé par l'article 1327, " peut obtenir, à la discrétion du juge, que ce délai soit pro- " longé. "

Il résulte des termes mêmes de cette disposition, que c'est le délai seul de confection de l'inventaire, et non pas celui que l'article 1328 accorde pour la clôture de l'inventaire en justice, qui peut être prolongé. La demande doit être faite au juge avant l'expiration du délai courant.

Et quant à la compétence du juge, il me semble qu'on peut s'aider de la disposition de l'article 102 du code de procédure civile, car c'est, *lato sensu*, une matière de succession. Il semble aussi qu'avis de la requête devrait être donné à celui qui est appelé à servir de légitime contradicteur à l'inventaire, c'est-à-dire au subrogé tuteur. Voy. d'ailleurs, quant à ce légitime contradicteur, l'appendice où il est question de la continuation de communauté, *infra*, p. 288.

Nous en venons maintenant à la sanction de ces dispositions. Elle est écrite en ces termes à l'article 1330:

1330. " Le défaut d'inventaire dans le délai mentionné fait " perdre à l'époux survivant la jouissance des revenus de ses " enfants mineurs " (*a*).

Cette déchéance est encourue de plein droit et sans mise en demeure par le seul écoulement du délai. Le conjoint survivant l'encourt-il même lorsqu'il a été empêché par force majeure de faire faire l'inventaire? Il semblerait que non par application du principe de l'article 1072 (*b*). Mais il faudrait également que le conjoint survivant n'eût pu, en temps utile, demander une extension des délais.

Le défaut d'inventaire peut également rendre le survivant responsable des dommages que ses enfants en éprouvent. Pour les raisons que j'ai expliquées *supra*, p. 256, le défaut d'inventaire donne aux mineurs le droit de prouver la consistance des biens de la communauté par tout genre de preuve et même par commune renommée. Le subrogé tuteur des mineurs est

---

(*a*) Cette disposition est conforme à l'article 1442 du code Napoléon.

(*b*) Voy. un article de M. Léandre Bélanger, *Revue légale*, N. S., t. 3, p. 350.

obligé de voir à la confection de l'inventaire et devient solidairement responsable avec le conjoint survivant des condamnations au profit des mineurs. C'est ce que décrète en ces termes l'article 1331.

1331. " Le subrogé tuteur qui n'a point obligé le survivant à " faire inventaire dans le délai, est solidairement tenu avec lui " de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au " profit des mineurs. "

Cette disposition est copiée sur l'article 1442 du code Napoléon. Sous cet article, on enseigne que le subrogé tuteur qui acquitte la condamnation aura son recours pour le tout contre le conjoint survivant dont il est plutôt la caution que le codébiteur (*a*). Par condamnations prononcées au profit des mineurs il faut entendre, à mon avis, celles qui ont pour cause le défaut d'inventaire.

VI. Des charges de l'usufruit légal. — L'article 1324 indique ces charges dans les termes suivants:

1324. " Les charges de cette jouissance sont:

" 1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers;

" 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune;

" 3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux;

" 4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie du con- " joint prédécédé. "

Cet article sauf les mots " du conjoint prédécédé " ajoutés à la fin du dernier alinéa, est la copie textuelle de l'article 385 du code Napoléon. Je vais m'aider de l'interprétation de ce dernier article en reprenant chacun des termes de l'énumération.

1° " Les charges auxquelles sont tenus les usufruitiers. " Ces charges sont énumérées aux articles 463 et suivants. Cependant l'article 601 du code Napoléon dispense du cautionnement les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants; on considère que l'affection paternelle en tient lieu (*b*). On pourrait peut-être assimiler le cas du conjoint survivant à celui de la douairière qui a également un droit d'usufruit légal, et qui jouit du douaire coutumier ou préfix à sa caution juratoire tant qu'elle reste en viduité (art. 1454). Cependant, en l'absence d'une disposition formelle comme celle de l'article 601 du code Napoléon et celle de notre article 1454, cette solution me paraît douteuse.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, t. 3, nº 167.
(*b*) M. Baudry-Latantinerie, t. Ier, nº 981.

" 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon " leur fortune. " On dira, peut-être, que cette obligation est déjà consacrée par l'article 165, qui porte que " les époux con- " tractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de " nourrir, entretenir et élever leurs enfants." Toutefois, il y a des différences à signaler entre ces deux obligations. Celle de l'article 165 est une obligation légale, absolue; celle de l'article 1324, au contraire, est une charge de l'usufruit tacitement acceptée par l'époux usufruitier. En outre, en vertu de l'article 165, l'époux est obligé d'employer à ces fins ses propres biens s'il le faut, mais il peut y employer d'abord, et à la décharge des siens propres, ceux de ses enfants s'ils y suffisent. Au contraire, d'après l'article 1324, il n'est tenu à cette obligation que selon la fortune de ses enfants, et le fait qu'il ne suppléerait pas à l'insuffisance de cette fortune par ses propres biens ne serait pas une cause de déchéance de l'usufruit.

Les mots " selon leur fortune " doivent être bien entendus. Dans l'article 385 du code Napoléon, il n'y a guère de difficulté, la jouissance légale des père et mère comprenant tous les biens de leurs enfants. Dans notre droit, au contraire, le conjoint survivant n'a la jouissance que de la part de communauté qui échoit à ses enfants du chef du conjoint prédécédé, et c'est cette part seule, à mon avis, que l'on doit compter pour fixer l'étendue de l'obligation de nourriture, d'entretien et d'éducation qui incombe à l'époux usufruitier, non pas en vertu de l'article 165, mais aux termes de l'article 1324 (*a*) et comme usufruitier.

3° " Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux. " On enseigne, en s'appuyant sur l'ancien droit, que ces arrérages comprennent non seulement ceux échus pendant l'usufruit mais même ceux échus avant sa constitution (*b*).

On dit que si le législateur n'avait voulu comprendre par " arrérages et intérêts des capitaux " que ceux échus pendant l'usufruit et non pas ceux qui étaient dus lors de l'entrée en jouissance de l'usufruitier, il n'aurait pas mentionné spécialement cette obligation à l'alinéa 3 de notre article, puisqu'elle se trouve déjà énoncée aux premier alinéa. On ajoute que si le

(*a*) M. Bélanger, article cité, p. 343, donne à ces mots " selon leur fortune " un sens absolu, mais je n'ai pu me rendre aux raisons qu'il invoque. Puisqu'il s'agit d'une charge de l'usufruit, il me semble raisonnable de fonder cette charge sur l'étendue du droit d'usufruit dont jouit l'époux.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, t. 1er, no 981. Comp. Fuzier-Herman sur l'article 385, nos 5 et 6. Il y a quelques dissidents.

défunt eût vécu, il n'eût pas manqué d'employer les revenus à payer ces arrérages, et on ne fait à cet égard aucune distinction entre les arrérages dus par la communauté et ceux à la charge de l'héritage propre du conjoint prédécédé. La question n'est pas sans difficulté, mais je crois que nous pouvons accueillir ici la solution adoptée en France, pour le motif surtout que si le conjoint survivant n'était pas tenu de payer ces arrérages, les enfants seraient obligés d'employer à cette fin leurs capitaux, car ils n'en tirent aucun revenu (*a*).

4° " Les frais funéraires et ceux de dernière maladie du conjoint prédécédé. " Cette disposition ne peut donner lieu à aucune difficulté, et elle est du reste conforme à l'interprétation de l'alinéa correspondant de l'article 385 du code Napoléon.

VII. De l'extinction de l'usufruit. —Nous avons vu que l'usufruit légal du conjoint survivant cesse lorsque ses enfants ont atteint l'âge de dix-huit ans accomplis ou lorsqu'ils ont été émancipés avant cet âge. Il cesse en outre par les mêmes causes que l'usufruit ordinaire et que j'ai expliquées en mon tome 2, pp. 624 et suiv.

Le subrogé tuteur peut poursuivre la cessation de l'usufruit lorsque le conjoint survivant ne remplit pas les obligations qui lui incombent comme usufruitier. Si le subrogé tuteur n'agit pas, tout parent des mineurs jusqu'au degré de cousin germain peut provoquer la nomination d'un tuteur *ad hoc* chargé d'intenter l'action. Telle est la disposition de l'article 1332 qui se lit comme suit:

1332. " Le subrogé tuteur peut demander la cessation de la " jouissance du conjoint survivant, si celui-ci ne se conforme " pas aux obligations ci-dessus mentionnées résultant de son " usufruit. "

" A défaut par le subrogé tuteur de demander cette cessation " d'usufruit, tout parent des mineurs jusqu'au degré de cousin " germain, inclusivement, peut demander la nomination d'un " tuteur *ad hoc* pour poursuivre cette demande. "

Il n'y a pas d'article semblable dans le code Napoléon.

(*a*) C'est l'avis qu'exprime M. Bélanger, pp. 343, 344.

APPENDICE.

DE LA CONTINUATION DE LA COMMUNAUTÉ.

La continuation de la communauté, abolie en France par le code Napoléon, a été abrogée en cette province, en 1897, par la loi 60 Vic., ch. 52 (*a*).

Cette abrogation était réclamée par l'opinion publique depuis plusieurs années, car la continuation de communauté, dont le but était de protéger les enfants mineurs, était devenue ici, comme autrefois en France, une source de procès regrettables, la plupart portés très longtemps après la dissolution de la communauté, et institués moins pour demander la réparation d'un préjudice réel, que dans un esprit de spéculation et de chicane. Les tiers ne voulaient guère transiger avec le conjoint survivant, car le droit de demander la continuation de communauté ne se prescrivait que par trente ans après la majorité des enfants qui étaient mineurs lors de la dissolution du mariage, et quelquefois même la demande était faite un demi-siècle après le décès du conjoint prédécédé. Les codificateurs n'avaient pas cru devoir proposer le changement radical consacré par le code Napoléon, mais l'expérience de trente ans a démontré qu'ils avaient péché par trop de timidité. Toutefois, comme l'abrogation de la continuation de communauté est de fraîche date et qu'elle est sans effet quant aux communautés qui ont été dissoutes avant le 1er septembre 1897 (*b*), je crois qu'il sera utile de tracer très succinctement, et sans sortir des bornes posées par le code, les règles qui régissaient la continuation de la communauté et qui toutes ont été empruntées à l'ancien droit (*c*).

I. Qu'entendait-on par continuation de communauté? Lorsque la dissolution de la communauté arrivait par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, le survivant devait faire

---

(*a*) Cette loi, due à l'initiative de feu l'honorable M. Félix Marchand, est entrée en vigueur le 1er septembre 1897.

(*b*) La législature a cru bon d'adopter une loi, 1 Edouard VII, ch. 32, pour déclarer que " les dispositions du chapitre 52 de la loi 60 Victoria " n'affectent pas les communautés qui ont été dissoutes avant la mise " en vigueur de cette loi, lesquelles sont et continueront à être régies par " les règles de la continuation de communauté, tout comme si le dit " statut n'avait pas été passé."

(*c*) Il est bien entendu que tous les articles que je cite ici sont ceux qui étaient en vigueur avant l'abrogation de la continuation de la communauté.

un inventaire des biens de cette communauté, afin de constater immédiatement la part de ses enfants dans les biens laissés par le défunt. Quand les enfants étaient majeurs, ils pouvaient requérir eux-mêmes l'inventaire, mais s'ils étaient en minorité, ils n'avaient pour protecteur que le conjoint survivant, intéressé à confondre les biens communs avec ses biens propres, plutôt qu'à en rendre compte. Pour les protéger, et pour punir le survivant de sa négligence, la coutume de Paris (*a*) leur permit, lorsque le survivant n'avait pas fait inventaire dans les trois mois ou n'avait pas fait clore en justice tel inventaire dans les trois mois de sa confection, de faire continuer la communauté comme si elle n'avait pas été dissoute. C'était ce qu'on appelait la continuation de communauté.

La continuation de communauté était, suivant l'expression de Lebrun (*b*), un droit exorbitant, établi en haine du survivant qui omettait de faire inventaire. C'était également une exception au principe que la société se dissout toujours par la mort de l'un des associés. Du reste, la continuation de communauté était *simple* quand elle existait entre les enfants et le conjoint survivant, *composée,* lorsque ce conjoint se remariait, et alors la continuation était dite *tripartite.* Rien n'égalait la complication de la continuation de communauté dans cette dernière forme, et la situation pouvait encore se compliquer par un nouveau mariage contracté par le survivant à la dissolution du second. L'abrogation de ce système compliqué et le plus souvent injuste a été un réel progrès.

II. Quand y avait-il lieu à la continuation de communauté? L'article 1323 répondait à cette question en ces termes:

1323. " Si, lors de la mort naturelle ou civile de l'un des " époux, il se trouve des enfants mineurs issus de leur mariage " et que le survivant manque de faire procéder à l'inventaire " des biens communs, la communauté se continue en faveur de " ces enfants, s'ils le jugent convenable. "

Pothier (*Communauté*, n° 778) disait que pour qu'il y eût lieu à la continuation de communauté, il fallait le concours de quatre conditions: 1° une communauté de biens entre les époux au décès du prédécédé; 2° que le prédécédé eût laissé, pour héritiers, des enfants mineurs issus de son mariage avec le survivant, et qui eussent succédé au prédécédé à une part

(*a*) Cette coutume s'appliquait dans toutes les provinces où il n'y avait pas une loi spéciale sur le sujet.

(*b*) Liv. III, ch. III, sec. 1, n° 1.

des biens de la communauté; 3° que le survivant eût manqué, dans le temps prescrit, de faire un inventaire régulier des biens de la communauté; 4° que la continuation de communauté eût été demandée par les mineurs.

Donc, si les conjoints étaient séparés de biens, soit par contrat de mariage, soit par une sentence de séparation dûment exécutée et suivie d'un inventaire (*a*), ou si le contrat de mariage avait stipulé exclusion de communauté, il n'y avait pas lieu à la continuation de communauté, car il n'existait pas de communauté qui pût continuer. De plus, si le conjoint prédécédé avait légué sa part de communauté, soit au survivant soit à un tiers (*b*), ou si, d'après le contrat de mariage, les héritiers du prédécédé n'avaient à prétendre qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, ou enfin si les enfants de la mère prédécédée renonçaient à la communauté, la continuation n'avait pas lieu (Pothier, n°s 786, 787).

La troisième condition, c'était le défaut d'inventaire des biens communs (*c*). Nous verrons quelles étaient les formalités de cet inventaire et le délai dans lequel il devait être effectué. Dans l'ancien droit on agitait la question de savoir si l'absence de biens communs pouvait être plaidée comme excuse par le conjoint survivant qui n'avait pas fait inventaire ou si, au contraire, cette absence ne devait pas être constatée par un procès-verbal de carence. Lebrun (*d*) exigeait un procès-verbal de carence, mais le parlement de Paris rendit, le 4 septembre 1731, un arrêt en sens contraire que rapporte l'annotateur de Lebrun (*e*).

Cette question a été discutée, dans notre jurisprudence, dans la cause de *King & McHendry*. Dans cette cause, la cour d'appel, à l'unanimité des juges sur ce point, avait jugé que le conjoint survivant n'est pas tenu de faire un inventaire lorsqu'il n'existe aucuns biens communs à inventorier, mais — et sur ce point deux des juges différaient de la majorité du tribunal — que c'est à ce conjoint survivant, ou à ses héritiers, à prouver l'absence de tels biens (*f*). La continuation de commu-

(*a*) Pothier, n° 779.

(*b*) Voy. *Pearson & Spooner*, R. J. Q., 2 B. R., p. 200.

(*c*) Bien entendu ce défaut d'inventaire ne peut donner aucun droit aux enfants si le conjoint prédécédé a légué sa part de communauté au survivant ou à un tiers. (Voy. la cause de *Pearson & Spooner*, citée dans la note précédente).

(*d*) *Communauté*, liv. III, ch. III, sec. 1, n° 3, pp. 558, 559.

(*e*) Voy. p. 559 de l'ouvrage et du volume cités plus haut.

(*f*) R. J. Q., 9 B. R., p. 44.

nauté ayant été reconnue par cet arrêt, on en appela à la cour suprême, laquelle, à l'unanimité des juges, infirma le jugement de la cour d'appel, décidant que lorsque, au décès du prédécédé, il ne reste que des meubles meublants de peu de valeur et insaisissables, l'absence d'inventaire ne donne pas lieu à la continuation de communauté, et qu'aucun procès-verbal de carence n'était nécessaire (*a*).

La quatrième condition, c'était la demande des enfants mineurs. En effet, la continuation de communauté ne leur était pas imposée. On admettait bien que s'ils mouraient sans exercer leur faculté de choix, ils la transmettaient à leurs successeurs (*b*), mais en l'absence de toute demande il n'y avait pas lieu à la continuation de la communauté (*c*).

On enseignait dans l'ancien droit que le droit de demander la continuation de communauté se prescrivait par trente ans à compter de la majorité des enfants qui la pouvaient demander. Dans cette province, les juges en chef sir William Meredith et sir Napoléon Casault, dans la cause de *Bourassa* v. *Lacerte* (*d*), et le juge en chef du Canada, sir Henry Strong, le juge en chef suppléant, sir Melbourne M. Tait, et le juge Taschereau, formant la majorité de la cour de revision dans la cause de *King & McHendry* (*e*), ont exprimé l'opinion que la demande de continuation de communauté ne pouvait être faite après le décès du conjoint survivant (*f*).

(*a*) 30 *Supreme Court Reports*, p. 450.

Deux arrêts conformes, quant à la déchéance d'usufruit faute d'inventaire, des cours d'appel en France avaient été cités en cette cause. Voy. Sirey, 1894. 2. 199 ; Sirey, 1895. 2. 230.

Le contraire avait été décidé par le juge Mathieu, dans la cause d'*Almour* v. *Ramsay*, 26 L. C. J., p. 167.

(*b*) Pothier, nº 875.

(*c*) Le même, nº 800. (Voy. aussi cour d'appel, *Beckett & Merchants Bank*, 11 L. N., p. 53, et M. L. R., 3 Q. B., p. 381 ; même cour, *Pearson & Spooner*, R. J. Q., 2 B. R., p. 200 ; juge Archibald, *Hurteau* v. *Bourassa*, R. J. Q., 7 C. S., p. 101 ; cour de revision, *Bourassa* v. *Lacerte*, 10 Q. L. R., p. 118.

(*d*) 10 Q. L. R., p. 118.

(*e*) Le jugement de la cour de revision dans cette cause est rapporté R. J. Q., 15 C. S., p. 542.

(*f*) Le contraire avait été jugé par la majorité de la cour d'appel dans la cause de *King & McHendry* (R. J. Q., 9 B. R., p. 44), et la même cour, dans la cause de *Pearson & Spooner* (R. J. Q., 2 B. R, p. 200), a décidé que la continuation de communauté ne pouvait être demandée 45 ans après le décès du conjoint prédécédé.

L'argument dans la cause de *King & McHendry* pour exclure la demande de continuation de communauté faite après le décès du conjoint

III. Qui pouvait demander la continuation de communauté.— J'ai déjà dit que seuls les enfants mineurs laissés par le conjoint prédécédé et issus de son mariage avec le conjoint survivant pouvaient demander la continuation de communauté, lorsqu'ils avaient succédé au prédécédé. Il suffisait qu'ils fussent mineurs à la dissolution du mariage; quoiqu'ils fussent devenus majeurs avant l'expiration du délai accordé pour la confection de l'inventaire, ils n'avaient pas moins le droit d'exiger la continuation de communauté (*a*). Les majeurs ne pouvaient pas, faute d'inventaire, demander cette continuation, mais ils en profitaient lorsqu'elle était demandée par les mineurs. C'est ce que portait l'article 1325 en ces termes:

1325. " La continuation de communauté, si elle est demandée " par les mineurs, profite également aux enfants majeurs issus " du même mariage, s'ils veulent s'en prévaloir."

Cependant, Pothier (n° 785), adoptant l'avis de Lebrun, assimilait les majeurs interdits pour démence aux mineurs et permettait la continuation de communauté lorsqu'elle était demandée en leur nom. Quoique la disposition de la coutume soit pénale, disait-il — et il l'a répété à plusieurs reprises — elle est néanmoins très favorable. Nos tribunaux ne se sont jamais prononcés sur ce point.

La demande pouvait être faite au nom des mineurs par leur tuteur (*b*).

IV. De l'inventaire qui était requis pour empêcher la continuation de communauté. — Aux termes de l'article 1324 " l'inventaire requis pour empêcher la continuation de la

---

survivant, c'était qu'à tout événemennt cette demande devait être faite avant la dissolution de la continuation de communauté, et cette dissolution se produisant au décès du conjoint survivant (art. 1335), une demande après ce décès était tardive.

On trouvera dans les différents rapports de cette cause les arguments des parties. Ayant occupé moi-même, comme conseil, pour l'une d'elles, il ne convient peut-être pas que j'exprime une opinion quant au mérite du débat sur cette question.

(*a*) Pothier, n° 784.

(*b*) Si cette faculté d'option, dont l'exercice n'est soumis à aucune formalité particulière, a été exercée par les mineurs et à leur avantage, ils ne peuvent plus tard répudier la continuation de communauté ni prétendre qu'elle n'a pas existé. Ainsi il est loisible au conjoint survivant, avec l'assentiment du subrogé tuteur (le conjoint étant le tuteur des mineurs), de déclarer admettre la continuation de la communauté, et le fait du subrogé tuteur d'accepter cette déclaration et de s'en prévaloir équivaut à la demande de continuation de la part des enfants : cour d'appel, *Comeau & Murray*, R. J. Q., 5 B. R., p. 401.

" communauté doit être authentique, fait dans les trois mois de " la dissolution de la communauté, avec un légitime contra-" dicteur, et clos en justice dans les trois mois qui ont suivi sa " confection."

Il y avait donc un délai de trois mois pour faire l'inventaire et un autre délai de trois mois jour le clore en justice. Je ne crois pas qu'on eût satisfait aux exigences de la loi en commençant l'inventaire après le délai des trois mois de la dissolution de la communauté (*a*), même s'il était clos en justice dans les six mois de cette dissolution (*b*). La même règle n'est pas suivie quant à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire des successions (*c*). On ne pouvait même, comme on le peut en matière de successions (art. 667), et aussi en ce qui se rapporte à l'usufruit du conjoint survivant, obtenir du juge l'extension de ces délais.

L'inventaire devait être authentique, c'est-à-dire notarié et fait avec un légitime contradicteur. Par légitime contradicteur on entendait le tuteur des mineurs, ou si le conjoint survivant était lui-même tuteur, un subrogé tuteur (*d*). Cet inventaire devait en outre satisfaire aux exigences du code de procédure civile (art. 1387 et s.). L'inventaire devait être clos en justice, formalité essentielle dont l'omission ou l'accomplissement tardif permettait la continuation de la communauté (*e*).

Enfin ajoutons que les défectuosités de l'inventaire ne pouvaient être opposées que par les mineurs (*f*).

V. De l'accroissement des portions des enfants décédés pendant la continuation de communauté. — Nous verrons que la continuation de communauté se divisait par moitié entre les enfants et le conjoint survivant. Mais, par exception aux règles des successions, la part de l'un des enfants qui décédait ne se divisait pas par moitié entre le conjoint survivant et les

---

(*a*) Par dissolution de la communauté, il est clair qu'on entendait celle causée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux et non pas celle occasionnée par la séparation de biens. Nous avons vu que la séparation de biens dûment exécutée empêchait la continuation de la communauté, car alors les époux n'étaient pas en communauté lors de la dissolution du mariage.

(*b*) Comp. Pothier, n° 795.

(*c*) Vo. mon tome 3, p. 434.

(*d*) Pothier, n° 797. Voy., toutefois, l'article 1336 *infra*.

(*e*) L'article 1398 du code de procédure, tel qu'amendé par 61 Vict., ch. 47, s. 9, dit comment se fait la clôture de l'inventaire en justice.

(*f*) Pothier, n° 799.

autres enfants, mais accroissait pour le tout à ces derniers. C'est ce que décrétait en ces termes l'article 1326:

1326. " Le survivant des époux ne succède pas à ses enfants " qui décèdent pendant la continuation de la communauté, " dans les biens qui en dépendent; la part des enfants ainsi " décédés accroît à ceux qui survivent."

Cet article était tiré de l'article 243 de la coutume de Paris que Pothier (n° 865) critiquait comme étant contraire aux principes mêmes du droit d'accroissement, et auquel il ne voyait d'autre raison que la volonté du législateur d'établir une nouvelle peine contre le conjoint survivant. Bien entendu, il n'était question ici que des successions *ab intestat* (*a*); si l'enfant était majeur et non interdit, il pouvait léguer sa part dans la continuation de la communauté à qui bon lui semble et partant à l'époux survivant.

L'article 1326 laissait la succession aux autres biens de l'enfant décédé sous l'empire des règles qui régissent les successions ordinaires. Mais observons avec Pothier (n° 866) que comme les successions mobilières qui advenaient à l'époux survivant tombaient dans la continuation de la communauté, — il en était autrement dans le cas des enfants — le mobilier dont le survivant héritait ainsi tombait dans la continuation.

Enfin le même auteur (n°s 869 et 870) tirait de l'article 243 de la coutume de Paris deux conséquences que je ne ferai qu'indiquer. La première, c'est que l'accoissement n'avait lieu qu'autant que l'enfant décédé ne laissait pas lui-même des enfants, la seconde, que cette disposition étant exorbitante du droit commun, l'accroissement ne profitait qu'aux enfants qui acceptaient la continuation de communauté.

VI. Des biens qui entraient dans la continuation de communauté.—La continuation de communauté n'était pas une communauté nouvelle que la loi établissait entre l'époux survivant et ses enfants mineurs, c'était, au contraire, la même communauté que celle qui existait entre les conjoints, laquelle, en faveur des enfants mineurs, était présumée n'avoir pas été dissoute par la mort du prédécédé, mais avoir toujours continué sous certaines modifications, jusqu'à l'inventaire ou jusqu'au décès du survivant (*b*). Cela étant, il eût été logique de comprendre dans la continuation les biens meubles et immeubles

(*a*) Cette succession entraînait, pour les enfants qui acceptaient l'accroissement, l'obligation aux dettes de l'enfant décédé.—Pothier, n° 867.

(*b*) Pothier, n° 722.

qui étaient communs entre les époux lors de la dissolution du mariage. Mais un principe de la loi des successions s'y opposait. Les immeubles que les enfants héritaient de leur père ou mère étaient dits *propres naissants.* Dans le cas de la communauté les enfants héritaient de la moitié des immeubles communs du chef du prédécédé, et cette moitié rentrait dans la catégorie des propres naissants (*a*). Il ne convenait pas, alors, que le survivant eût le pouvoir d'en disposer, comme il l'aurait eu si cette moitié tombait dans la continuation de communauté. La jurisprudence des arrêts apporta donc une modification au principe qui devait logiquement régir la continuation de communauté, et tira de la continuation ces immeubles quant à la propriété (*b*) en les déclarant propres pour une moitié aux enfants et pour l'autre moitié au conjoint survivant (*c*).

Notre article 1329 a été moins logique en suivant cette jurisprudence, car le code avait aboli l'ancienne distinction de propres de succession, décrétant au contraire que " la loi ne considère ni l'origine, ni la nature des biens pour en régler la succession. Tous ensemble ils ne forment qu'une seule et même hérédité qui se transmet et se partage d'après les mêmes règles ou suivant qu'en a ordonné le propriétaire " (art. 599).

C'est donc la vieille distinction des propres de succession que le législateur a inconséquemment reproduite dans l'article 1329, qui se lisait comme suit:

1329. " Tous les biens mobiliers ainsi que les fruits des immeubles qui faisaient partie de la première communauté restent dans la continuation; mais les immeubles qui la composaient en sont tirés et deviennent propres au survivant pour une moitié et aux enfants pour l'autre " (*d*).

Donc la continuation de communauté comprenait le mobilier des époux et les revenus des immeubles communs. Mais — et c'est ici que nous rencontrons encore ce caractère de législation

---

(*a*) Les propres étaient *naissants* et *anciens*. Les propres naissants étaient ceux que l'on héritait de son père ou de sa mère, ou de quelque autre parent qui les avait acquis autrement que de la succession de quelqu'un de ses aïeux. Les propres *anciens* ou *avitins* étaient ceux que le parent à qui on avait succédé, tenait lui-même de la succession de quelqu'un de ses aïeux.—Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n° 60.

(*b*) Les revenus tombaient dans la continuation de communauté.

(*c*) Pothier, *Communauté*, n° 819.

(*d*) L'hypothèque que le survivant établirait sur ces immeubles ne pourrait donc affecter que la moitié qui lui appartient en propre: cour d'appel, *Dallaire & Gravel*, 22 L. C. J., p. 286, et 2 L. N., p. 15; même cour, *Parent & Lalonde*, 15 L. C. J., p. 37.

pénale que j'ai signalé plusieurs fois — ce fonds commun ne pouvait s'augmenter que du chef du conjoint survivant. Ainsi, disait l'article 1330, " tous les biens qui adviennent au survivant " des époux après la dissolution du mariage et qui seraient " tombés dans la communauté, si elle eût été encore subsis- " tante, tombent également dans la continuation. "

Il n'en était pas de même des acquisitions faites par les enfants. Ceux-ci n'apportaient rien à la société, sauf le mobilier et les revenus des immeubles qu'ils tenaient de la communauté. " Il n'en est pas de même, quant aux enfants," portait l'article 1331; " tout ce qu'ils acquièrent d'ailleurs que " de la première communauté, pendant la continuation, à " quelque titre que ce soit, n'y tombe ni pour les fonds ni pour " les revenus. "

Donc les enfants avaient tout à gagner à la continuation de communauté, le conjoint survivant, tout à perdre. On ne regardait pas cette inégalité comme excessive, car le survivant avait eu le tort de confondre les biens qu'il acquérait avec les biens de la communauté, rendant ainsi très difficiles, pour ne pas dire impossibles, les recherches de ses enfants. Il y avait peine contre l'époux négligent, mais cette peine lui était infligée afin de protéger ses enfants, et il lui était d'ailleurs facile de l'éviter en faisant inventaire.

VII. Des charges de la continuation de communauté. — Il était logique, puisque l'actif mobilier de la communauté entrait dans la continuation, d'y faire tomber les dettes mobilières de cette communauté. Il en était de même des créances et des reprises que l'un des conjoints ou les deux pouvaient exercer contre la communauté. Quant aux dettes immobilières, elles n'étaient dues par la continuation que pour les intérêts, cette continuation ne bénéficiant que des revenus de ces immeubles. La même règle s'appliquait aux dettes propres des conjoints. Les frais funéraires du prédécédé, y compris le deuil de la veuve, n'étant pas des dettes de la communauté, n'étaient pas à la charge de la continuation (*a*). La continuation de communauté devait également acquitter les obligations contractées par le survivant pour les affaires de cette continuation.

Nous trouvons l'exposé de ces règles à l'article 1332, dont voici la disposition :

1332. " Les charges de la continuation de la communauté sont :

(*a*) Pothier, n° 841.

1° "Les dettes mobilières de la première communauté, y "compris les reprises et remplois dus à l'un ou à l'autre des "conjoints, ainsi que le préciput du survivant;

2° "Les arrérages et la continuation des rentes dues par la "première communauté;

3° "Les dettes que contracte le survivant pour les affaires "de la continuation, mais non celles qui lui sont étrangères."

Une autre charge de la continuation de communauté, c'était l'entretien et la nourriture du survivant et de ses enfants. Il était à peine nécessaire que le code s'en expliquât, car ce n'était que la continuation d'une obligation qui incombait à la communauté. Je puis donc, sans autre commentaire, citer l'article 1334, qui se lisait comme suit:

1334. "Le survivant et ses enfants sont nourris et entre-"tenus à même la continuation de la communauté, sans qu'il "soit dû récompense de part ni d'autre, quand même les dé-"penses seraient inégales."

Les enfants devaient venir chercher ces aliments dans la maison du survivant, siège de la continuation (*a*).

VIII. De l'administration de la continuation de communauté. — C'est au survivant, mari ou femme, qu'appartenait le droit d'administrer la continuation, mais ses pouvoirs, d'après l'article 1333, conforme en cela à l'ancien droit, étaient moins étendus que ceux du mari sous le régime de la communauté. Cet article se lisait comme suit:

1333. "Le survivant est le chef et l'administrateur de la "continuation, et comme tel peut disposer de tout ce qui la "compose, pourvu que ce soit à titre non gratuit et sans "fraude."

Donc le survivant ne pouvait disposer à titre gratuit des biens de la continuation. Il n'en était pas, comme le mari sous la communauté, le maître absolu, puisque le mari peut donner, pourvu que ce soit sans fraude et en faveur de personne capable (art. 1292) ; il n'était, suivant l'expression de Pothier (n° 853), qu'un administrateur *cum liberâ,* c'est-à-dire un administrateur qui ne doit aucun compte de son administration (*b*). Pour cette raison, il liait la continuation par les dettes qu'il contractait pour les affaires de celle-ci.

(*a*) Pothier, n° 850.

(*b*) Le même auteur disait que le survivant pouvait associer un tiers à la continuation, mais cela ne devait pas, me semble-t-il, affecter la part de ses enfants.

IX. De la dissolution de la continuation de communauté. — A la différence de la communauté, qui était la conséquence naturelle du mariage, et devait, à moins de causes extraordinaires, durer autant que lui, la continuation de cette communauté, après la dissolution du mariage, avait quelque chose d'exorbitant et n'avait été admise que pour punir le conjoint de sa négligence de faire inventaire. Il en résultait que cette continuation ne devait pas durer plus longtemps que la cause qui l'avait fait admettre, et que sa dissolution pouvait être demandée par l'une ou l'autre des parties. Et même quand ces parties n'avaient pas fait cette demande, la continuation, qui était une société, prenait fin de plein droit par la mort naturelle ou civile du survivant ou de tous les enfants sans laisser d'enfants, car alors il n'y avait plus de société possible. C'est ce que décrétait l'article 1335 en ces termes :

1335. " La continuation de communauté se dissout par la " mort naturelle ou civile du survivant, ou par celle de tous les " enfants décédés sans enfants.

" Elle peut aussi se dissoudre en tout temps à la demande de " l'une ou de l'autre des parties, quand même quelques uns des " enfants seraient encore mineurs."

La première cause de dissolution ne souffre aucune difficulté ; elle s'opérait, je l'ai dit, de plein droit (*a*).

Et quant à l'autre cause, le code supposait la demande faite par l'une ou l'autre des parties. Il est bien entendu que le survivant pouvait faire cette demande. En était-il de même de l'un des enfants ?

Les enfants mineurs, ou l'un d'eux seulement, pouvant demander la continuation de communauté, il est évident qu'aucun d'eux ne pouvait être forcé de demeurer sous ce régime. Il s'ensuit qu'il était loisible à l'un d'eux d'en demander la dissolution quant à lui. Mais la continuation de communauté ne cessait pas pour cela à l'égard des autres, mais elle pouvait cesser par l'inventaire que le survivant faisait à la demande de l'enfant, si le survivant déclarait, à la suite de cet inventaire, qu'il voulait la dissolution de la continuation de communauté. En d'autres termes, il n'y avait dissolution que sur la demande de l'une ou de l'autre des parties, et un seul enfant, lorsqu'il y en avait plusieurs, ne pouvait imposer sa volonté aux autres, pas

---

(*a*) La communauté de biens tripartite est dissoute par le décès de la seconde femme sans enfants mineurs, mais elle ne dissout pas la communauté entre le survivant et les enfants de son premier mariage, qui continue entre eux comme elle existait avant le second mariage : cour d'appel, *Francœur & Mathieu*, 8 R. L., p. 665.

plus que ceux-ci ne pouvaient l'obliger de continuer, quant à lui, une société dont il ne voulait plus. Une telle situation pouvait bien donner lieu à un règlement compliqué, mais le principe lui-même n'était pas douteux (*a*).

Mais il ne suffisait pas au survivant de faire la demande de dissolution; il fallait qu'il fît, au préalable, un inventaire dans la même forme que pour empêcher la continuation de la communauté. L'article 1336, en effet, portait que " si la dissolu-" tion est demandée par le survivant, et que quelques-uns des " enfants soient encore mineurs, sa demande doit être précédée " d'un inventaire qu'il doit faire dans les formes de celui requis " pour empêcher la continuation de communauté, et à cette fin " le subrogé tuteur représente les mineurs et agit comme légi-" time contradicteur " (*b*).

Cet article semble, par argument *a contrario*, entraîner la conclusion que, lorsque tous les enfants étaient majeurs, le survivant pouvait, sans inventaire préalable, mettre fin à la continuation de communauté. Pothier (n° 855) exigeait l'inventaire, même dans ce cas (*c*). Du reste, les enfants majeurs pouvaient forcer le survivant à faire inventaire, car l'article 1337 disait que " si cette dissolution est demandée par les en-" fants, ils peuvent, soit en leur propre nom s'ils sont tous " majeurs, soit au nom du tuteur, pour ceux qui sont mineurs, " contraindre le survivant à faire procéder à l'inventaire et à " leur rendre compte. "

Cet article ne disait pas qui devait provoquer l'inventaire lorsque le survivant était lui-même le tuteur de ses enfants mineurs. Je crois que les termes de l'article 1336 nous autoriseraient à dire que le subrogé tuteur pouvait alors exiger l'inventaire.

(*a*) Il n'y a là qu'application des principes qu'exposait Pothier (nos 883 et suivants) quant au droit de quelques-uns des enfants de renoncer à la continuation de communauté et aux autres de l'accepter. La seule question, comme il le disait, était de savoir quelle était alors la part des acceptants. Je reviendrai sur cette question.

(*b*) Cet article a été changé, depuis l'entrée en vigueur du code, par le statut 38 Vic., ch, 13, de manière à substituer le subrogé tuteur des mineurs à un tuteur *ad hoc*. Je le cite d'après sa dernière version. Remarquons, en passant, qu'on n'aurait dû rendre l'intervention du subrogé tuteur obligatoire qu'au cas où le survivent aurait été lui-même le tuteur de ses enfants.

(*c*) Le même auteur (n° 857), cependant, acceptait le tempérament proposé par Duplessis, et permettait de dispenser de l'inventaire avec le consentement par écrit du survivant et de tous ses enfants, lorsque ceux-ci étaient majeurs.

L'inventiare devait se faire dans les mêmes formes que celui qui était exigé pour empêcher la continuation de communauté. Il devait donc être en forme authentique et de plus être clos en justice dans les trois mois qui avaient suivi sa confection. Lorsqu'il était clos dans les délais, la continuation de communauté se trouvait dissoute du jour de l'achèvement de l'inventaire. Si, au contraire, on l'avait clos tardivement, il fallait procéder à un récolement de l'inventaire, et le récolement devait également être présenté au juge. Sans cela, on décidait que la continuation de communauté n'avait pas été dissoute (*a*).

Enfin, l'inventaire devait comprendre tous les biens qui étaient tombés dans la continuation de communauté.

X. De l'acceptation ou de la renonciation à la continuation de communauté. — Nous avons vu que la continuation de communauté n'était pas imposée aux enfants. Les enfants qui étaient mineurs lors du décès du prédécédé pouvaient l'exiger, et alors les enfants majeurs en profitaient. Mais ils pouvaient y renoncer et dans ce cas la communauté était censée avoir été dissoute du jour de la dissolution du mariage. Cette faculté d'option, je l'ai également dit, durait trente ans à compter de la majorité des enfants qui étaient mineurs lors de la dissolution du mariage. Donc quand le survivant faisait inventaire après les délais prescrits, ces enfants pouvaient ou bien accepter la continuation de communauté, en d'autres termes tenir la communauté comme ayant continué jusqu'à l'achèvement de l'inventaire clos en justice dans les trois mois, ou bien renoncer à cette faculté et demander au survivant compte des biens de la succession du prédécédé, en l'état qu'ils étaient au temps de la dissolution du mariage (*b*).

Cependant, les enfants devaient accepter la continuation de communauté pour tout ce temps. En d'autres termes, la continuation était indivisible. C'est, du reste, ce que décrétait l'article 1328 en ces termes:

1328. " La continuation de la communauté ne peut être di-" visée, acceptée pour partie du temps qu'elle a duré et répu-" diée pour le reste, elle doit être acceptée ou répudiée pour le " total. "

Mais quelques-uns des enfants pouvaient accepter la continuation de communauté, les autres la répudier; ils avaient à cet égard pleine liberté.

(*a*) Pothier, n° 856.
(*b*) Pothier, n° 873.

Cependant tout en admettant ce principe, on ne s'attendait pas sur la question de savoir si, dans ce cas, la part des renonçants accroissait aux acceptants, comme dans le cas où quelques-uns des enfants mouraient pendant la continuation sans avoir fait option (art. 1326). Lebrun se prononçait pour l'accroissement, mais Pothier (n° 884) accueillait l'opinion contraire, observant que l'enfant ne renonce à la continuation de communauté que pour conserver sa part du mobilier de la communauté et des revenus des immeubles de la succession du prédécédé, qui sans cela seraient tombés dans la continuation, et que par conséquent sa renonciation n'augmente pas la part des acceptants. Bien que cette raison ne tienne pas compte des acquisitions faites par le survivant après la dissolution du mariage et qui seraient tombées dans la continuation (art. 1330), je suis porté à croire que l'opinion de Pothier aurait été suivie dans notre droit (*a*). Nos tribunaux n'ont pas, que je sache, été appelés à se prononcer sur la question.

XI. Du partage de la continuation de communauté. — C'est ici que nous rencontrons la distinction dont j'ai parlé plus haut de la continuation *simple* et de la continuation *composée*. Le code, du reste, s'est contenté de poser la règle générale qui régissait ce partage quant à l'actif, sans en expliquer les effets pratiques, et notamment sans expliquer le partage du passif. Je vais d'abord citer l'article 1327, le seul que le code consacrait à cette importante matière.

1327. " La communauté continuée se partage par moitié " entre le survivant et ses enfants.

" Si ce survivant se remarie, le partage se fait par tiers; le " mari et la femme y ayant chacun un tiers, et les enfants du " premier lit l'autre tiers.

" Si chacun des époux avait des enfants mineurs nés d'un " précédent mariage, la communauté se continue par quarts et " se multiplie ainsi d'après le nombre de lits, les enfants de " chaque lit ne formant qu'une seule tête. "

Donc deux espèces étaient à considérer: la continuation de communauté simple et la continuation de communauté composée.

1° *De la continuation de communauté simple.* — Le partage de l'actif de la continuation se faisait par parts égales, les enfants prenant une moitié et le survivant l'autre moitié.

(*a*) On peut citer, en faveur de cette opinion, la disposition de l'article 1362 expliquée *infra*. Voy. aussi une disposition conforme quant au douaire, art. 1471.

Je n'ai pas besoin, à cause de l'abrogation de cette loi, d'insister sur les prélèvements que les parties pouvaient faire et sur les rapports dont ils étaient débiteurs. Je me contente de renvoyer à ce qu'en disait Pothier, n°s 892 et suiv.

Quant à la responsabilité que les parties encouraient tant pour les dettes de la communauté que pour celles de la continuation, il sera possible, en suivant l'exposé qu'en faisait Pothier (n°s 900 et suiv.) de formuler les principales règles succinctement.

Et d'abord, après le partage des biens de la continuation de communauté, les parties, entre elles, étaient tenues des dettes pour la part que chacune y avait, mais pendant que subsistait la continuation, le survivant en était seul chargé, et si les enfants étaient poursuivis, il devait les en acquitter.

A l'égard des créanciers, il y avait à distinguer entre la responsabilité du survivant et celle des enfants. Expliquons d'abord la responsabilité du survivant.

Le survivant, pendant la continuation et jusqu'au partage, pouvait être poursuivi pour le total des dettes. Après le partage, on distinguait les dettes qu'il avait lui-même contractées durant la continuation de communauté, et celles de la communauté qui étaient tombées dans la continuation.

Les créanciers pouvaient réclamer du survivant pour le total les dettes par lui contractées pendant la continuation de communauté, car ils n'avaient contracté qu'avec lui seul. Quant aux dettes de la communauté, il n'y avait qu'à appliquer les articles 1370 et suivants. Si le survivant était le mari, il pouvait être contraint de les payer en entier, sauf son recours contre les héritiers de sa femme s'ils acceptaient, pour leur moitié, ou jusqu'à concurrence de leur émolument. Si, au contraire, la femme avait survécu, elle pouvait être poursuivie pour la moitié des dettes, sans qu'elle pût opposer le bénéfice de n'en être tenue que dans les limites de son émolument, ce bénéfice ne lui appartenant que lorsqu'elle avait fait inventaire (art. 1370). Elle n'avait pas non plus ce bénéfice quant aux dettes de la continuation de communauté (*a*). Cependant, elle pouvait être poursuivie pour le total des dettes qui procédaient de son chef et qui étaient tombées dans la communauté, sauf son recours (art. 1373).

Les enfants n'étaient tenus envers le créancier, des dettes contractées par le survivant pendant la continuation de communauté, que pour la part qu'ils y avaient, et même cette part

(*a*) Pothier, n° 905.

ne pouvait leur être réclamée qu'après le partage. Et quant aux dettes de la communauté, il fallait distinguer selon que le mari ou la femme était prédécédé et appliquer alors les principes exposés plus haut, suivant le cas. Et le créancier n'avait pas besoin d'attendre le partage pour en exiger le paiement. Cependant, lorsque le mari avait survécu, on enseignait que les héritiers de la femme ne pouvaient être tenus des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de leur émolument. Duplessis allait même plus loin et accordait ce privilège aux enfants sans s'occuper de savoir s'ils avaient succédé au mari ou à la femme, et même il limitait le recours du créancier à leur part dans la continuation de communauté (*a*).

2° *De la continuation de communauté composée.* — C'est ici surtout que la question se compliquait, et le code, alors que Pothier étudiait, dans un chapitre spécial, la continuation de communauté composée, n'y a consacré que les deux derniers alinéas de l'article 1327. A cause de l'abrogation de la continuation de communauté, je me montrerai aussi sobre de détails que le code lui-même l'a été.

Lorsque le survivant se remariait sous le régime de la communauté, il associait par là son nouveau conjoint à la communauté qui existait entre lui et ses enfants, et la continuation de communauté avait un associé de plus. Si ce conjoint avait eu des enfants d'un précédent mariage avec lesquels il était en communauté, il y avait deux associés de plus. La continuation de communauté était donc tripartite, ou quadripartite, et même, si ce conjoint mourait et que le survivant contractait un troisième mariage, la continuation se fractionnait encore. Ajoutons à cela que chaque communauté qui s'associait à la continuation de communauté ne laissait pas, disait Pothier (n° 907), de conserver son être propre et sa nature particulière, ce qui fait voir que la situation pouvait se compliquer presque à l'infini. Les enfants de chaque lit ne formaient qu'une seule tête.

Le code a gardé le silence sur l'actif de la continuation de communauté composée, sur son passif, sur son administration, sur sa dissolution, sur la renonciation à la communauté, et sur la responsabilité des dettes, et je me contenterai de renvoyer à ce qu'en dit Pothier, n[os] 909 et suiv. Je me bornerai à dire, avec notre article 1327, que dans la communauté tripartite, le partage se faisait par tiers, le mari et la femme ayant chacun un tiers et les enfants du premier lit l'autre tiers. Si la conti-

---

(*a*) Pothier (n° 906) semble favoriser ce sentiment sans se prononcer formellement.

nuation de communauté était quadripartite, le partage se faisait par quarts, et ainsi de suite, les enfants ne comptant que pour une tête.]]

SECTION IV. — DE L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ, ET DE LA RENONCIATION QUI PEUT Y ÊTRE FAITE (*a*).

I. Généralités.—La femme peut accepter la communauté ou la répudier quand elle est dissoute. [[Cette faculté lui est accordée par l'article 1338, qui se lit ainsi:

1338. " Après la dissolution de la communauté, la femme ou " ses héritiers et représentants légaux, ont la faculté de " l'accepter ou d'y renoncer; toute convention contraire est " nulle (*b*)."]]

Si elle renonce, tous les biens qui sont tombés de son chef dans la communauté restent à son mari, qui est alors seul chargé du paiement des dettes (art. 1379, 1382).

Cette faculté de répudier la communauté est contraire au droit commun: car, dans les sociétés ordinaires, il n'est pas permis à un associé de se décharger de toute contribution aux dettes, même en abandonnant son apport et sa part dans les bénéfices. Mais on a considéré que, le mari étant le maître de la communauté, et pouvant l'obérer à son gré, il n'était pas juste que la femme, qui était restée étrangère à l'administration, fût victime des fautes et des dissipations de son mari.

Cette faculté est une des règles essentielles du régime de communauté. La loi déclare nulle toute convention par laquelle la femme abdique à l'avance le droit de répudiation. Si l'on eût permis à la femme de s'interdire la faculté de renoncer, cette clause serait devenue de style dans les contrats de mariage.

La femme acceptante prend la moitié de l'actif, et supporte la moitié du passif, quelque considérable qu'il soit, fût-il supérieur à la moitié active. Toutefois cela n'est vrai qu'au cas où elle n'a pas inventorié les biens de la communauté: si elle a fait inventaire, elle n'est tenue des dettes que *jusqu'à concurrence de son émolument* (voy. l'art. 1370) (1).

---

(1) La validité de la renonciation faite immédiatement ou presque immédiatement (dans les trois mois) après la dissolution de la communauté n'est jamais subordonnée à la confection d'un inventaire (comp. les art. 1338, 1342 et 1347). Comme le dit M. Laurent (t. 22, n° 395), cela ne peut faire aucun doute. Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. 5, § 517, p. 418.

(*a*) J'ai raccourci quelque peu la rubrique du code.

(*b*) C'est la reproduction de l'article 1453 du code Napoléon.

— On voit que, si le mari a des pouvoirs très grands, la femme a, de son côté, certains avantages que n'a pas le mari. Ainsi, elle peut: 1° demander la séparation de biens quand [[ses intérêts sont]] en péril; 2° accepter la communauté sans être tenue des dettes *ultra vires;* 3° la répudier quand elle est onéreuse.

La position de la femme après la dissolution de la communauté est presque en tout point identique à celle d'un héritier après l'ouverture de la succession. En effet:

1° De même qu'un mineur émancipé ne peut, à lui seul, accepter ou répudier une succession, de même la femme mineure ne peut, à elle seule, ni accepter ni répudier la communauté. Elle l'accepte ou la répudie avec l'assistance d'un curateur, [[et l'autorisation du juge, sur avis du conseil de famille,]] si elle est veuve (*a*) ; avec l'autorisation de son mari ou de justice, si elle est séparée, soit de corps, soit de biens.

2° Elle peut, quant elle est majeure, accepter expressément ou tacitement: *expressément,* en prenant dans un acte la qualité de commune (*b*) ; tacitement, en s'immisçant dans les biens de la communauté, c'est-à-dire en faisant des actes qui ne peuvent être valablement faits par elle qu'en qualité de copropriétaire du fonds commun, par exemple en vendant son droit indivis sur un immeuble, [[ou bien encore en poursuivant pour le recouvrement de la moitié des créances qui étaient dues à la communauté lors de la dissolution (juge Mathieu, *Monet* v. *Brunet,* 17 R. L., p. 681) (*c*).]]

3° Les actes purement administratifs ou conservatoires

(*a*) Telle est la disposition de l'article 1341, qui est indiqué comme étant de droit nouveau.

1341. "Si la femme est mineure, elle ne pout accepter la communauté " qu'avec l'assistance de son curateur, et l'autorisation du juge, sur avis " du conseil de famille; accompagnée de ces formalités, l'acceptation est " irrévocable et a le même effet que si la femme eût été majeure."

Le code Napoléon n'a pas d'article correspondant, mais la doctrine y supplée.

(*b*) L'article 1340 s'exprime en ces termes:

1340. "La femme majeure qui a une fois pris la qualité commune, " ne peut plus y renoncer, ni se faire restituer contre cette qualité, à " moins qu'il n'y ait eu dol de la part des héritiers du mari."

L'article 1455 du code Napoléon contient, de plus que cet article, les mots suivants: "quand même elle l'aurait prise (cette qualité) avant " d'avoir fait inventaire."

(*c*) Article 1339, premier alinéa: " La femme qui s'est immiscée dans " les biens de la communauté ne peut y renoncer."

C'est une copie du code Napoléon (art. 1454).

n'emportent point acceptation tacite (*a*). On entend par *actes purement administratifs ou conservatoires,* les actes sans lesquels le fonds commun resterait en souffrance ou serait exposé à périr, comme les réparations urgentes, les interruptions de prescriptions sur le point de s'accomplir, les renouvellements d'inscriptions sur le point d'être périmées, etc. (*b*).

4° "La veuve qui a diverti ou recélé quelques effets de la "communauté est," dit l'article 1348, "déclarée commune, "*nonobstant sa renonciation*" (*c*). Cette formule est amphibologique. Elle ne signifie point que la femme est acceptante, soit qu'elle ait renoncé *avant,* soit qu'elle ait renoncé *après* le détournement. Le sens de la loi est celui-ci: La femme qui détourne des objets de la communauté l'accepte tacitement; cette acceptation, quoique tacite, est irrévocable. La femme qui a détourné des objets de la communauté *depuis sa renonciation* ne peut être réputée acceptante: car la renonciation, comme l'acceptation, est irrévocable. Le détournement postérieur à la renonciation n'est et ne peut être autre chose qu'un véritable vol (*d*).

5° La femme qui accepte tacitement en détournant des effets de la communauté est déchue du bénéfice qui lui est accordé de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'elle retire de la communauté (art. 1370). Elle est, en outre, privée de sa portion dans les effets détournés (art. 1364) (*e*).

Cette dernière disposition s'applique au mari ou à ses héritiers. Les objets par eux détournés appartiennent en totalité à la femme, si elle accepte la communauté (*f*).

(*a*) Ce sont les termes mêmes du deuxième alinéa de l'article 1339, qui, comme le code Napoléon (art. 1454), dit que "les actes purement "administratifs ou conservatoires n'emportent pas immixtion"

(*b*) Voy. au surplus, mon tome 3, pp. 382 et suiv.

(*c*) "Il en est de même à l'égard de ses héritiers," ajoute le même article, qui est une copie de l'article 1460 du code Napoléon.

(*d*) M. Baudry-Lacantinerie (n° 198) croit que cette disposition, qui d'après lui, a un caractère spécial, et qui ne parle que de la veuve, ne devrait pas être étendue à la femme séparée de corps ou de biens.

(*e*) Ce dernier article se lit ainsi :

1364. "Celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de "la communauté est privé de sa portion dans ces effets.

C'est une copie de l'article 1477 du code Napoléon.

(*f*) Cette matière est susceptible de développements qui dépasseraient le cadre de cet ouvrage. Le lecteur pourra consulter M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de Mariage*, t. 2 nos 1154 et suiv. Voy. aussi mon commentaire de l'art. 659, t. 3, p. 426.

6° La renonciation se fait [[par acte notarié ou par une déclaration judiciaire, dont il est donné acte par le tribunal (art. 1345) (*a*).]]

La renonciation et l'acceptation sont irrévocables. [[Donc la femme n'a pas le privilège que possède l'héritier (art. 657) de revenir sur sa renonciation]].

Toutefois l'acceptation peut être révoquée, si la femme prouve qu'elle n'a accepté que par suite d'un dol pratiqué contre elle par les héritiers du mari (art. 1340).

Cela suppose que les héritiers du mari peuvent avoir intérêt à faire accepter la communauté par la femme; mais quel intérêt? Il est difficile de le comprendre. En effet, la communauté compte-t-elle plus de biens que de dettes: l'acceptation de la femme leur est nuisible, puisqu'elle leur enlève la moitié de l'excédent de l'actif sur le passif. Est-elle insolvable: l'acceptation ne leur est pas utile, puisque la femme qui fait inventaire n'est tenue de contribuer au paiement des dettes que jusqu'à concurrence de l'actif qu'elle prend dans la communauté.

On peut cependant citer deux cas où ils gagneront à l'acceptation. Il est possible, en effet, qu'ils aient, par des manœuvres habiles, en dissimulant les dettes, en exagérant les biens, déterminé la femme à accepter, sans remplir la formalité qui la protège, la confection de l'inventaire. Cette acceptation leur est utile, tandis qu'elle nuit à la femme: car l'excédent du passif sur l'actif est supporté en commun, au lieu de rester à la charge exclusive des héritiers du mari.

Leur intérêt se conçoit mieux encore dans une espèce de la

(*a*) Cet article s'exprime comme suit:

1345. "Dans ces délais de trois mois et de quarante jours, la femme "doit faire sa renonciation, laquelle se fait par acte notarié ou par une "déclaration judiciaire, dont il est donné acte par le tribunal."

L'article 1457 du code Napoléon, correspondant, diffère de notre article; il veut que la renonciation se fasse toujours au greffe, et y soit inscrite sur un registre spécial. Nos codificateurs, en rédigeant l'article 1345, ont suivi l'ancienne jurisprudence. J'ai du reste signalé une semblable différence en commentant l'article 651. Voy. mon tome 3, p. 409.

Il convient d'ajouter qu'à la différence de l'acceptation, qui peut être tacite, la renonciation doit toujours être expresse. Il y a une exception à ce principe dans le code Napoléon, mais notre code ne l'a pas reproduite. C'est la disposition de l'article 1463 C. N. qui porte que "la femme "divorcée ou séparée de corps, qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce ou la séparation définitivement prononcée, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé."

communauté conventionnelle. La femme a stipulé qu'*au cas de renonciation,* elle reprendrait son apport franc et quitte des dettes de communauté (art. 1400) ; 20,000 francs sont tombés de son chef dans la communauté, qui, au jour de la dissolution, compte 40,000 francs de biens et 40,000 francs de dettes. La femme renonce-t-elle : elle reprend son apport de 20,000 francs, et ne paie rien dans les dettes ; les héritiers du mari restent avec 20,000 francs d'actif et 40,000 francs de passif, ils sont en perte de 20,000 francs. Accepte-t-elle : les 20,000 francs qu'elle eût repris en cas de renonciation servent, comme les autres biens de la communauté, au paiement des dettes : elle est alors en perte de cette somme, et les héritiers du mari ne perdent plus rien.

En supposant le dol pratiqué par les héritiers du mari, la loi a statué *de eo quod plerumque fit;* mais il est bien évident que l'acceptation serait encore rescindable pour cause de dol pratiqué soit par les créanciers de la communauté, soit même par le mari, en cas de séparation de corps ou de biens.

Le dol n'est, dans les contrats, une cause de rescision qu'autant qu'il est pratiqué par la personne même avec laquelle on contracte, [[ou à sa connaissance (art. 993).]] En matière d'acceptation de succession ou de communauté, la loi ne distingue pas de quelle personne il émane, il suffit qu'il existe (voy. mon tome 3, p. 394). Ainsi, la femme qui a fait rescinder son acceptation, pour cause de dol pratiqué par les héritiers du mari, est restituée contre son acceptation, même à l'égard des créanciers de la communauté, et réciproquement.

Les créanciers personnels de la femme peuvent attaquer la *renonciation* qu'elle a faite en fraude de leurs droits, et accepter la communauté de son chef. [[C'est ce qui résulte de l'article 1351, qui s'exprime ainsi :

1351. " Les créanciers de la femme peuvent attaquer la re-" nonciation qui aurait été faite par elle ou par ses héritiers en " fraude de leurs droits, et accepter la communauté de leur " chef.

" Dans ce cas la renonciation n'est annulée qu'en faveur des " créanciers et jusqu'à concurrence de leurs créances. Elle ne " l'est pas au profit de la femme ou de ses héritiers qui ont " renoncé " (*a*).]]

(*a*) Cet article est une application faite à la communauté des principes adoptés à l'égard de l'héritier (art. 655).

Le premier alinéa est une reproduction de l'article 1464 du code Napoléon, qui ne contient pas le deuxième alinéa de notre article ; mais le code Napoléon (art. 788), contient une disposition semblable à l'égard pe l'héritier.

Ils peuvent également, quoique l'article 1351 ne le dise pas expressément, faire rescinder l'*acceptation* faite en fraude de leurs droits. Si la loi s'en est expliquée formellement pour le cas de renonciation, tandis qu'elle n'a rien dit de l'acceptation. c'est qu'il fallait prévenir un doute qui était possible quant à la renonciation, sans l'être pour l'acceptation. Le droit romain permettait aux créanciers d'attaquer les actes que leur débiteur avait faits en fraude de leurs droits, lorsque, par ces actes, *il avait diminué* son patrimoine; les actes par lesquels il avait seulement négligé d'acquérir. d'*augmenter son patrimoine,* étaient, quoique frauduleux, irrévocables. Or, l'acceptation d'une succession insolvable diminue le patrimoine de l'acceptant, en augmentant son passif: les créanciers pouvaient donc l'attaquer quand elle était frauduleuse. Mais la répudiation d'une succession avantageuse est un acte par lequel on manque d'augmenter son patrimoine: elle était donc irrévocable, quoique frauduleuse. — Cette distinction était plus subtile que vraie; le code l'a rejetée, en permettant aux créanciers d'attaquer, sans distinction. tous les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (art. 1032). S'il applique spécialement ce principe aux répudiations frauduleuses de succession (art. 655) ou de communauté (art. 1351). c'est uniquement afin de prévenir le doute qu'aurait pu faire naître l'ancienne distinction romaine (*a*).

Ainsi, les créanciers personnels de la femme peuvent attaquer l'acceptation qu'elle a faite en fraude de leurs droits. Mais quel préjudice cette acceptation peut-elle donc leur causer? Si la communauté est solvable. la femme gagne en l'acceptant; si elle est insolvable. son accetpation ne la constitue point en perte, puisqu'elle ne paie les dettes que *jusqu'à concurrence de son émolument* (art. 1370).

On répond que l'acceptation peut être ruineuse pour la femme et, par suite, pour ses créanciers personnels: 1° lorsqu'elle a accepté *sans inventaire,* car alors elle est tenue des dettes, même au delà de son émolument; 2° lorsqu'elle avait stipulé le droit de reprendre, en cas de renonciation, son apport franc et quitte des dettes de communauté: dans ce cas, en effet. les biens qu'elle eût repris si elle eût renoncé sont employés à l'acquittement des dettes de la communauté (voy. *supra,* p. 308).

II. Du délai qu'a la femme pour accepter ou répudier la

(*a*) Voy. mon tome 3, p. 424.

communauté (*a*). — La femme veuve a trois mois pour faire inventaire et, à partir de l'expiration de ce délai, ou de la confection de l'inventaire, s'il a été terminé avant l'expiration des trois mois, quarante jours pour délibérer. [[Ces délais lui sont accordés par les articles 1342 et 1344, qui se lisent comme suit:

1342. "La femme survivante doit, dans les trois mois du "jour du décès du mari, faire faire un inventaire fidèle et "exact de tous les biens de la communauté, contradictoirement "avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés.

"Cet inventaire doit être fait en forme notariée, en minute "et clos en justice de la manière requise par l'article 1324, "pour empêcher la continuation de communauté" (*b*).

1344. "Outre les trois mois accordés à la femme pour faire "inventaire, elle a, pour délibérer sur son acceptation ou répu-"diation, un délai de quarante jours, qui commence à courir à "l'expiration des trois mois, ou de la clôture de l'inventaire, s'il "a été terminé avant les trois mois" (*c*).]]

Ces délais ne sont pas de rigueur. [[En effet l'article 1346 dit ce qui suit:

1346. "La veuve poursuivie comme commune peut cepen-

(*a*) Jusqu'à ce que l'inventaire soit fait, la possession des biens de la communauté reste à la veuve, et c'est pour cette raison que la loi lui impose l'obligation de faire procéder à l'inventaire (voy. *McTavish & Pyke*, 3 L. C. R., p. 101, cour d'appel). Jusqu'à ce qu'un tuteur soit nommé à son enfant mineur, elle est la seule personne qui ait le droit de posséder les biens de la communauté (cour de revision, *Boucher* v. *Héroux*, R. J. Q., 10 C. S., p. 484).

(*b*) Cet article est semblable, quant au fond, à l'article 1456 du code Napoléon, sauf que ce dernier dit de plus que la femme doit faire inventaire dans le délai fixé *pour conserver la faculté de renoncer.*

Le deuxième alinéa de notre article est indiqué comme étant de droit nouveau. En effet, par la loi antérieure, la clôture de l'inventaire n'était pas requise pour la validité de la renonciation, ainsi qu'on peut le voir, en comparant les articles 241 et 237 de la coutume de Paris.

La continuation de communauté est maintenant abolie, et l'article 1324 auquel renvoie notre article, est aujourd'hui remplacé par l'article 1328 (60 Vict., ch. 52), qui dit que l'inventaire doit être clos en justice dans les trois mois qui ont suivi sa confection ; le deuxième alinéa de notre article devrait donc être changé pour se lire maintenant comme suit: "Cet inventaire doit être fait en forme notariée, en minute, et clos en justice de la manière requise par l'article 1328, pour conserver à l'époux survivant la jouissance des revenus de ses enfants mineurs."

(*c*) Cet article ne se trouve pas textuellement dans le code Napoléon. Mais l'article 1457 de ce code accorde à la femme ce délai additionnel de quarante jours avant qu'elle soit tenue de faire cette renonciation, lequel délai compte de la clôture de l'inventaire s'il a été clos avant les trois mois (art. 1459 C. N., al. 2).

" dant, suivant les circonstances, obtenir du tribunal la proro-
" gation des délais fixés par les articles précédents" (a).]]

Elle peut être poursuivie, pendant ces délais, par les créanciers de la communauté. Mais elle jouit de l'exception dilatoire dont il est parlé dans l'article 177 du code de procédure; elle n'est pas obligée de répondre à leur action, et reste libre d'accepter ou de renoncer. Si elle renonce, les frais occasionnés par ces poursuites sont à la charge de la communauté.

Après ces délais, elle ne jouit plus de l'exception dilatoire. Mais est-elle alors définitivement acceptante, par cela seul qu'elle a laissé passer les trois mois et quarante jours sans prendre parti? peut-elle encore renoncer? [[L'article 1347 répond à cette question dans les termes suivants:

1347. " La femme qui n'a ni procédé à l'inventaire, ni re-
" noncé dans les délais prescrits ou accordés, n'est pas pour cela
" privée de la faculté de le faire; elle y est au contraire admise
" tant qu'elle ne s'est pas immiscée et qu'elle n'a pas fait acte
" de commune; elle peut seulement être poursuivie comme telle
" jusqu'à ce qu'elle ait renoncé, et elle doit les frais faits
" contre elle jusqu'à sa renonciation (b).

La femme peut renoncer, si elle a, dans les délais et contradictoirement avec les héritiers du mari, fait un inventaire, clos en justice, et si d'ailleurs elle ne s'est pas immiscée, c'est-à-dire si elle n'a accepté ni expressément ni tacitement.

Elle le peut également, même si elle a négligé de faire l'inventaire.]]

L'inventaire, en effet, est principalement exigé pour prouver la bonne foi de la femme, pour constater, dans l'intérêt des créanciers et des héritiers, le *quantum* de la communauté. Or, si ce *quantum* est régulièrement établi, s'il est clairement

---

(a) L'article 1458, correspondant, du code Napoléon, permet à la femme de demander cette prorogation, même avant d'être poursuivie, en appelant les héritiers de même.

(b) Cet article, qui permet l'inventaire et la renonciation en tout temps, tant qu'il n'y a pas eu acceptation formelle ou tacite, est conforme à l'ancien droit, et différent du code Napoléon (art. 1456 et 1459), qui ne permet cette renonciation qu'au cas où l'inventaire aurait été fait dans les délais de la loi. Et, sauf quelques cas exceptionnels, ces dispositions sont appliquées à la rigueur. Comp. M. Baudry-Lacantinerie *Contrat de mariage*, t. 2, n° 1048, et Fuzier-Herman, sur l'art. 1456 C. N., nos 1, 2 et suiv., 8 et suiv.

La disposition quant aux frais, dans notre article 1347, se trouve dans l'article 1459 du code Napoléon.

On peut comparer l'article 1347 à l'article 669 quant à l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire.

démontré qu'aucun bien n'a été soustrait par la femme, le défaut d'inventaire n'a nui à personne. Pourquoi, dès lors, la punir en lui enlevant le droit de renoncer? Sa position est analogue à celle d'un héritier ordinaire; or, l'héritier qui n'a pas fait inventaire dans les délais peut encore renoncer (art. 656). Pourquoi la femme serait-elle traitée plus sévèrement que lui?

Mais alors quelle différence y aura-t-il, dans ce système, entre la femme qui n'a pas et celle qui a fait l'inventaire [[et renoncé]] dans les délais? On répond que, dans le premier cas, la femme est, nonobstant sa renonciation, obligée de supporter les frais résultant des demandes formées contre elle par les créanciers, tandis que, dans le second, ces frais sont à la charge de la communauté (1).

Quoi qu'il en soit, on voit que la femme *veuve est réputée acceptante* tant qu'elle n'a pas renoncé.

[[**III. Des cas où la femme peut renoncer sans faire inventaire.** — Aux termes de l'article 1343, "la femme peut cependant renoncer à la communauté sans faire inventaire dans les cas suivants: quand la dissolution a eu lieu du vivant du mari; quand les héritiers de ce dernier sont en possession de tous les effets; s'il a été fait un inventaire à leur requête, ou s'il y en a eu un peu de temps avant le décès du mari; s'il y a eu récemment saisie et vente générales des biens de la communauté; ou s'il est justifié par un procès-verbal de carence, qu'il n'y en avait aucuns."

Il n'y a aucune disposition semblable au code Napoléon, mais notre article est conforme à l'ancien droit, les cinq cas qu'il énumère étant donnés par Pothier (n°s 761 et suiv.). Il est à remarquer que l'allégation de l'absence de biens ne suffirait pas, à moins que la femme ne rapporte un procès-verbal de carence.

Je crois qu'il faut regarder l'énumération de l'article 1343 comme limitative des cas où la femme renonçante est dispensée de faire inventaire.

Revenant sur le premier cas de l'article 1343, la dissolution de la communauté du vivant du mari, il y a à noter une différence]] entre le cas où la communauté est dissoute par la mort du mari et celui où elle est dissoute de son vivant. Dans la

---

(1) Voy. MM. Demante et Colmet de Santerre, t. 6, p. 274, n° 115. Mais ces auteurs sont dans la minorité en France (voy. ma note (*b*) *supra*, p. 311). Dans notre droit nous avons un texte formel qui admet l'opinion des dissidents.

première hypothèse, [[" la veuve, soit qu'elle accepte, soit " qu'elle renonce, a droit," dit l'article 1352, " pendant les " délais prescrits ou qui lui sont accordés pour faire inventaire " et délibérer, de vivre avec ses domestiques sur les provisions " existantes, et à défaut, par emprunt au compte de la commu- " nauté, à la charge d'en user modérément. "

" Elle ne doit, " ajoute le deuxième alinéa de l'article, " aucun loyer à raison de l'habitation qu'elle a faite, pendant " les délais, dans la maison où elle est restée après le décès de " son mari, soit que cette maison appartienne à la commu- " nauté, soit qu'elle appartienne aux héritiers du mari, ou " quelle soit tenue à titre de loyer; dans ce dernier cas, la " femme, pendant les délais, ne contribue pas au paiement du " loyer, lequel est pris sur la masse (*a*).]]

Ces avantages ont été accordés à la veuve parce qu'il eût été trop dur de la forcer, dans les premiers temps de son veuvage, de pourvoir elle-même à son logement et à sa subsistance; c'est d'ailleurs une espèce de dédommagement qu'on lui accorde pour les soins qu'elle est obligée de donner aux biens communs.

Elle en jouit pendant les délais de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer.

Ce privilège [[se prolonge]] en cas de prorogation des délais, et il continue pendant tout le délai légal, quoiqu'elle ait accepté ou répudié la communauté avant qu'il soit expiré.

La femme n'en jouit pas quand la communauté est dissoute par séparation de corps ou par séparation de biens.

[[Pour les mêmes raisons le deuil de la femme est aux frais des héritiers du mari prédécédé, soit que la femme accepte ou renonce. L'article 1368, qui est une copie de l'article 1481 du code Napoléon, le dit dans les termes qui suivent:

1368. " Le deuil de la femme est aux frais des héritiers du " mari prédécédé.

" La valeur de ce deuil est réglée selon la fortune du mari. " Il en est dû même à la femme qui renonce à la communauté."

(*a*) Cet article 1352 diffère un peu de l'ancien droit et de l'article 1465 du code Napoléon, duquel il est pris en grande partie. Par l'ancien droit, la femme ne pouvait se nourrir et loger aux dépens de la communauté que pendant les trois mois qu'elle avait pour l'inventaire, mais non pendant les quarante jours pour délibérer; le code Napoléon étend ce privilège aux deux délais, mais ne parle pas de ceux qui pourraient avoir été accordés par le tribunal; notre article déclare que le privilège en question durera pendant tout le temps qui est acordé, soit par la loi, soit par le tribunal, pour faire inventaire et pour délibérer.

La veuve ne peut réclamer pour son deuil une somme plus élevée que celle qu'elle a dépensée pour s'acheter un deuil qu'elle a estimé suffisant: cour de revision, *Jodoin* v. *Larivière*, R. J. Q., 6 C. S., p. 345. Mais le deuil de la femme est un gain de survie, et, celle-ci, lorsqu'elle a été convaincue d'adultère ne peut réclamer le valeur de ce deuil des héritiers de son mari: juge Tellier, *Bradley* v. *Ménard*, R. J. Q., 18 C. S., p. 382.

Lorsque la communauté est dissoute par la mort civile du mari, les mêmes dispositions s'appliquent que lorsque la dissolution de la communauté arrive à la mort naturelle du mari (art. 1350) (*a*).]]

IV. Des héritiers de la femme. — Si la communauté est dissoute par la mort de la femme, le droit d'accepter ou de répudier la communauté s'ouvre dans la personne de ses héritiers, [[et ils sont soumis aux mêmes règles que la femme, quant au délai et à la forme de la renonciation, mais ils ne sont pas tenus de faire inventaire, avant de renoncer. En effet l'article 1353 s'exprime comme suit:

1353. " Lorsque la communauté est dissoute par le prédécès " de la femme, ses héritiers peuvent y renoncer dans le délai et " dans les formes que prescrit la loi à l'égard de la femme sur- " vivante, sauf qu'ils ne sont pas tenus pour cela de faire inven- " taire " (*b*).]]

Si la communauté est dissoute du vivant de la femme et que celle-ci meure sans avoir pris parti, elle transmet à ses héritiers le droit d'accepter ou de répudier la communauté. [[Ce cas est prévu par l'article 1349, qui est copié du code Napoléon (art. 1461), et qui s'exprime comme suit:

1349. " Si la femme meurt avant l'expiration des trois mois " sans avoir fait ou terminé l'inventaire, les héritiers ont pour " le faire et terminer un nouveau délai de trois mois, à compter " du décès de la veuve, et de quarante jours pour délibérer, " après la clôture de l'inventaire.

" Si la veuve meurt avant terminé l'inventaire, ses héritiers " ont pour délibérer un nouveau délai de quarante jours après " son décès.

(*a*) L'article 1350 se lit comme suit:

1350. " Les dispositions des articles 1342 et suivants sont applicables " aux femmes des individus morts civilement, à partir du moment où " la mort civile a commencé.

Cet article est une reproduction de l'article 1462 du code Napoléon.

(*b*) Cet article est semblable à l'article 1466 du code Napoléon, à l'exception des mots " *sauf qu'ils ne sont pas tenus pour cela de faire inven-* " *taire* que ce dernier ne contient pas.

“ Ils peuvent au surplus dans tous les cas renoncer à la com-“ munauté dans les formes établies à l'égard de la femme, et “ les articles 1346 et 1347 en ce titre leur sont applicables.”]]

Donc si la femme meurt avant l'expiration des trois mois sans avoir fait ou terminé l'inventaire: ses héritiers ont, pour le faire ou le terminer, un nouveau délai de trois mois à compter de son décès, et un délai de quarante jours, pour délibérer, à compter de la clôture de l'inventaire.

Meurt-elle après avoir terminé l'inventaire: “ ils ont, pour délibérer, quarante jours *à compter de son décès.*”

Ici se présente une difficulté. Les héritiers de la femme ont, *à compter de son décès,* trois mois et quarante jours pour accepter ou répudier sa succession (art. 664). Or, le droit qu'avait la femme d'accepter ou de répudier la communauté fait partie de son patrimoine. Ses héritiers ne peuvent donc pas l'exercer sans prendre par cela même parti sur sa succession. Dès lors, s'ils sont obligés d'accepter ou de répudier *la communauté* dans les quarante jours, à compter du décès de la femme (art. 1349, 2e alinéa), il ne sera plus vrai de dire qu'ils ont trois mois et quarante jours pour accepter ou répudier *sa succession.* — Pour donner un sens raisonnable à la loi, il faut supposer qu'elle a eu en vue le cas où les héritiers de la femme ont accepté sa succession avant l'expiration des quarante jours. C'est alors qu'ils n'ont que quarante jours à compter de son décès pour prendre parti sur la communauté.

Dans le cas contraire, ils ont un seul et même délai, trois mois et quarante jours, pour prendre parti tant sur la communauté que sur la succession.

Les héritiers jouissent des mêmes droits que la femme relativement à la prorogation des délais (*a*), mais ils n'ont pas le privilège relatif à la subsistance et au logement.

SECTION V. — Du partage de la communauté.

[[Aux termes de l'article 1354, “ après l'acceptation de la “ communauté par la femme ou ses héritiers, *l'actif se partage* et “ *le passif est supporté* en la manière ci-après déterminée” (*b*).]]

L'actif *se partage* et le passif *est supporté*... Pourquoi la loi ne dit-elle pas que le passif *se partage?* — Parce qu'en réalité le passif ne se partage point. En effet, que partage-t-on?

(*a*) C'est le moyen pratique d'éviter la difficulté dont parle Mourlon.

(*b*) C'est la copie de l'article 1467 C. N.

Les choses qui sont dans l'*indivision*. Or, les dettes ne sont pas dans l'indivision: car elles se divisent de plein droit entre les époux, comme, en matière de succession, elles se divisent de plein droit entre les héritiers du débiteur (art. 1122) (1).

Ce que nous disons des dettes est également applicable aux créances (art. 1122). Si la communauté ne comprenait que des créances et des dettes, il n'y aurait pas de partage à faire.

Soient une créance A de 1,000 francs et une créance B de 1,000 francs. A la dissolution de la communauté, les deux créances se divisent de plein droit, et chaque époux acquiert une moitié dans la créance A et une moitié dans la créance B. Ils conviennent que la créance A restera au mari, la créance B à la femme: est-ce un partage? Non: car l'opération n'a rien partagé, *rien divisé;* elle a, au contraire, réuni des fractions. Chaque époux tient la créance à double titre, une moitié comme successeur de la communauté, l'autre moitié comme cessionnaire de son conjoint. De là il suit que, si le débiteur de la créance A, par exemple, était créancier de 500 francs contre la femme, il pourrait opposer au mari, cessionnaire de sa femme pour moitié de la créance, la compensation qu'il eût été en droit d'opposer à la femme. Supposons, au contraire, qu'on ait vu dans cette opération un véritable partage: alors la créance A, mise tout entière dans le lot du mari, eût été considérée comme lui ayant toujours appartenu en totalité (art. 746), et, par suite, le débiteur n'eût pas été en droit de lui opposer la compensation qu'il aurait pu faire valoir contre la femme si la créance avait été mise dans son lot (voy. mon tome 3, pp. 619 et suiv.)

§ I. *Du partage de l'actif.*

Pendant la communauté, tous les biens du mari, ceux de la femme et les biens communs ne forment qu'une seule masse.

Ce n'est pas cette masse qui est à partager; la masse partageable se compose uniquement des biens communs.

Il y a, par conséquent, une opération préalable au partage, opération ayant pour objet de déterminer le *quantum* de la masse partageable. Les époux (ou leurs héritiers) le déterminent:

1° En rapportant fictivement les sommes que la communauté a déboursées à titre d'avances pour compte de l'un des

(1) M. Bug., à son cours.

époux (art. 1355 et 1356) (*a*) ; c'est la théorie des récompenses dues à la communauté par les époux. Nous la connaissons (voy. *supra,* p. 244) ;

2° En reprenant leurs biens propres (art 1357) (*b*). Nous connaissons également les différentes causes de propres (voy. *supra,* pp. 154 et suiv.) ;

3° En prélevant ce dont la communauté est débitrice envers les époux (même art. 1357) ; c'est la théorie des récompenses dues par la communauté à l'un des époux. Nous l'avons étudiée (voy. *supra,* p. 242).

Ces rapports, reprises et prélèvements, étant réglés, le *quantum* de la masse partageable est connu. Chaque époux en prend la moitié (art. 1361) (*c*).

— Le partage de la communauté est soumis aux règles qui sont établies au titre *Des successions* pour les partages entre héritiers (art. 1363) (*d*).

(*a*) L'article 1355 se lit comme suit:

1355. " Les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens " communs tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre " de récompense ou d'indemnité, d'après les règles ci-dessus prescrites " au paragraphe deuxième de la présente section."

Cet article est une reproduction de l'article 1468 du code Napoléon, sauf que ce dernier dit: " rapportent à la masse des biens *existants,*" tandis que notre article dit: à la masse des biens *communs.*" Ce n'est qu'une différence de mots.

L'article 1356 déjà cité *supra,* p. 217, note *a,* ajoute:

1356. " Chaque époux ou son héritier rapporte également les sommes " qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux " y a pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnelle- " ment l'enfant commun."

Ce dernier article est une copie textuelle de l'article 1469 du code Napoléon.

(*b*) Cet article s'exprime ainsi:

1357. " Sur la masse des biens chaque époux ou son héritier prélève:

" 1° Ses biens personnels qui ne sont pas entrés dans la communauté, " s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi;

" 2° Le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la commu- " nauté, et dont il n'a pas été fait remploi;

" 3° Les indemnités qui lui sont dues par la communauté."

C'est une copie de l'article 1470 du code Napoléon.

(*c*) Voici le texte de cet article:

1361. " Après les prélèvements faits et les dettes payées sur la masse, " le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les repré- " sentent."

L'article 1474 du code Napoléon, correspondant, est semblable, sauf les mots: " et les dettes payées," qu'il ne contient pas.

(*d*) Cet article se lit comme suit:

1363. " Le partage de la communauté, pour tout ce qui regarde ses " formes, la licitation des immeubles, quand il y a lieu, les effets du par-

— Ces idées générales une fois posées, l'intelligence du texte devient facile.

I. Rapports. — Chaque époux rapporte tout ce dont il est débiteur envers la communauté.

Mais, si *les deux époux* sont débiteurs, à quoi bon rapporter? N'est-il pas plus naturel d'admettre une libération réciproque par compensation? Ainsi, le mari doit 10,000 francs, et la femme pareille somme: si chaque époux rapporte, chaque époux reprendra la somme rapportée. Dès lors, à quoi bon le rapport?

Le mari a un intérêt très grand à ce qu'il soit procédé par la voie du rapport plutôt que par celle de la libération réciproque. Nous verrons, en effet, que les prélèvements de la femme s'exercent, en cas d'insuffisance de la communauté, sur les biens personnels du mari (art. 1358, 1359). Cela posé, on comprend que, plus la masse commune est grosse, plus le mari a de chances de conserver ses biens personnels. Or, cette masse se grossit au moyen du rapport des sommes dues par la femme et par le mari: donc le rapport est plus utile au mari que la libération réciproque.

Je prends une espèce:

Le mari et la femme doivent chacun 10,000 francs; la communauté doit, d'autre part, 30,000 francs à la femme; l'avoir de la communauté est de 10,000 francs: — Si nous procédons par la voie de la libération réciproque, la communauté, n'ayant qu'un actif de 10,000 francs, ne pourra pas payer complètement les 30,000 francs qui sont dus à la femme. En conséquence, le mari devra fournir sur ses biens personnels les 20,000 francs que la communauté ne payera pas: il sera en perte de 20,000 francs. Mais, si chaque époux rapporte les 10,000 francs qu'il doit à la communauté, celle-ci, étant alors riche de 30,000 francs, pourra complètement désintéresser la femme, qui, par conséquent, sera payée, pour un tiers, avec ses biens personnels. Dans ce système, le mari ne perdra que 10,000 francs (1).

" tage, la garantie qui en résulte et les soultes, sont soumis aux règles " qui sont établies au titre *Des successions,* pour les partages entre co- " héritiers."

C'est une reproduction de l'article 1476 du code Napoléon.

L'action qui doit être instituée contre l'époux survivant, qui est resté en possession des biens de la communauté, ne peut être une simple action en reddition de compte, ni une action pour une somme déterminée, mais ce doit être une action en partage à laquelle peut être jointe comme accessoire une demande en compte: cour de revision, *McClanaghan* v. *Mitchell*, R. J. Q., 10 C. S., p. 203; juges Day et Smith, *Dupuis* v. *Dupuis*, 6 L. C. R., p. 475.

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. 7, p. 330; Val. Voy. aussi M. Laurent, t. 22, nos 495 à 497.

II. Reprises. — La femme exerce ses reprises sur les biens de la communauté, et, en cas d'insuffisance, sur les biens personnels de son mari. C'est, en effet, à celui-ci de supporter les conséquences de sa mauvaise administration.

Le mari, au contraire, n'exerce ses reprises que sur les biens de la communauté (*a*).

Si les deux époux ont des reprises à faire, la femme passe la première; et, si ses reprises absorbent l'actif de la communauté, le droit du mari est éteint.

Si la reprise de la femme a pour objet un corps certain, un propre, c'est ce corps certain qu'elle reprend.

Si elle est créancière d'une somme d'argent, et qu'il n'y ait pas d'argent dans la communauté, elle a le droit de prélever, à la place de ce qui lui est dû, c'est-à-dire de prendre en nature, sur estimation, des effets de communauté, savoir: des effets mobiliers, et, subsidiairement, des immeubles, à son choix (*b*). — Si elle a le chiox quant aux immeubles, à bien plus forte raison lui appartient-il quant aux meubles.

Ainsi, la femme qui exerce ses reprises *sur les biens de la communauté* prend, à la place des sommes qui lui sont dues, des objets en nature, des effets mobiliers ou des immeubles, si les effets mobiliers sont insuffisants.

Elle n'est pas tenue de saisir les biens afin de se faire payer sur le prix en provenant: elle a droit de les exiger en nature.

Les choses ne se passent pas ainsi quand elle exerce ses reprises *sur les biens personnels de son mari.* Elle agit alors contre lui comme un créancier ordinaire agit contre son débiteur. Or, un créancier ordinaire n'a pas le droit d'exiger en paiement tel ou tel bien en nature; il saisit les biens de son débiteur, les fait vendre, et l'argent en provenant sert à le payer. Si le débiteur consent à donner un de ses immeubles en paie-

---

(*a*) Ces deux règles sont énoncées à l'article 1359, qui est copié sur l'article 1472 du code Napoléon, et se lit comme suit:

1359. "Le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la "communauté.

"La femme et ses héritiers, en cas d'insuffisance de la communauté, "les exercent sur les biens personnels du mari."

(*b*) Ces différentes règles, quant aux reprises de la femme, résultent de l'article 1358, qui est une copie textuelle de l'article 1471 du code Napoléon, et s'exprime ainsi:

1358. "Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari. "Ils s'exercent, pour les biens qui n'existent plus en nature, d'abord "sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement, sur "les immeubles de la communauté; dans ce dernier cas le choix des im- "meubles est déféré à la femme et à ses héritiers."

ment, cette *datio in solutum* est une espèce de vente : le débiteur est censé vendre son immeuble pour un prix égal au montant de sa dette, et compenser ensuite sa créance du prix avec ce dont il est débiteur. Il y a, par conséquent, *translation du droit de propriété.* La même théorie est applicable à la femme exerçant ses reprises sur les biens personnels de son mari : car alors elle a, non plus la qualité d'un *copartageant,* mais celle d'un créancier ordinaire (1).

Les reprises du mari sur les biens de la communauté sont régies comme celles de la femme.

La femme peut, à défaut d'argent et de mobilier, prendre, A SON CHOIX, *tel ou tel immeuble en paiement.* — Cette faculté de choix n'est pas absolue. Il est dû 10,000 francs à la femme ; il y a dans la communauté un immeuble valant 9, 10 ou 11,000 francs, et un autre immeuble dont la valeur est de 50,000 francs : peut-elle choisir ce dernier, sauf à tenir compte à la communauté de la différence entre sa créance et la valeur de l'immeuble ? Non : ce choix serait trop déraisonnable pour être licite. La femme doit choisir parmi les immeubles dont la valeur se rapproche le plus du montant de sa créance (2).

En permettant à la femme d'exercer ses reprises avant celles de son mari, la loi a entendu la favoriser. A-t-elle toujours atteint son but ? Non : car, comme la femme doit prélever ses reprises d'abord sur l'argent comptant et sur le mobilier, il est possible qu'il ne reste que des immeubles pour désintéresser le mari. Or, dans la pensée de la loi, et même en réalité, il est bien plus avantageux de recevoir en paiement des immeubles que des meubles. Aussi quelques personnes soutiennent-elles que la femme pourrait renoncer à la faveur que lui accordent les articles 1358 et 1359, et dire à son mari : C'est vous qui passerez le premier, ou tout au moins nous viendrons en concurrence.

Si la femme *peut,* à défaut d'argent, prendre des biens en nature, rien ne *l'y oblige.* Elle peut donc, lorsqu'elle le préfère, les faire vendre pour se faire payer en argent l'argent qui lui est dû. Ainsi, qu'à la place d'une ferme qu'elle a vendue et qui lui donnait un revenu facile et régulier, on lui offre en paiement une usine embarrassante, qui exige, pour la faire marcher, des connaissances et des capitaux qu'elle n'a pas, elle n'est pas tenue de l'accepter : car, si, du vivant de son mari, l'usine, même achetée au nom de la femme et payée de ses deniers, ne

(1) Voy. aussi M. Laurent, t. 22, n° 518.

(2) M. Bug., à son cours ; MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511, p. 361, note 24.

pouvait pas lui être *imposée* à titre de remploi (voy. *supra*, p. 235 et suiv.), comment les héritiers du mari pourraient-ils la contraindre à prendre, parce que cela leur convient, un immeuble qu'elle ne veut pas accepter (1) ?

Nous venons de voir qu'au cas où un propre de la femme a été aliéné sans remploi du prix, elle peut, quand la communauté est dissoute, reprendre, à la place de son propre, une somme d'argent représentative du prix que la communauté en a tiré, et, à défaut d'argent, *des biens en nature.* On se demande, à cette occasion, quelle est la nature de ce droit : est-ce un droit de *propriété*, ou n'est-ce qu'une simple *créance?* L'intérêt de la question est facile à saisir. Si la femme est *propriétaire* de ses reprises, elle peut s'en prévaloir *même à l'encontre et à l'exclusion des créanciers de la communauté.* Si, au contraire, elle est simplement *créancière*, ils sont autorisés à soutenir qu'entre elle et eux, sauf son hypothèque légale sur les immeubles *de son mari*, il n'y a aucune différence (*a*) ; qu'ils sont tous créanciers d'un débiteur unique, la communauté, et qu'à ce titre ils doivent tous venir *en concours et au marc le franc.*

Cette question est célèbre dans l'histoire de la jurisprudence [[française.]] A l'origine, elle ne parut point douteuse : on était d'accord qu'à part l'effet de son hypothèque légale sur les biens de son *mari*, la femme n'a, quant à l'exercice de ses reprises, aucune préférence sur les autres créanciers de la communauté. Une ligue puissante se forma, plus tard, contre cette donnée. M. Troplong ayant soutenu la doctrine contraire, la cour de cassation posa en thèse, par son arrêt du 11 avril 1854, que "la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle la répudie, peut exercer ses reprises à titre de *propriétaire*, et non de *créancière*." Cette nouveauté rencontra dans le monde savant une résistance si persévérante et jeta de si graves perturbations dans la pratique des affaires que la cour de cassation crut devoir, sous la pression de l'opinion publique et la puissante autorité de son procureur général M. Dupin, désavouer sa doctrine et reconnaître que, soit qu'elle accepte la communauté,

---

(1) MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511, p. 361, note 25 ; Laurent, t. 22, n° 511.

(*a*) L'hypothèque légale affecte-t-elle les propriétés du mari pour le remploi des propres que la femme possédait lors du mariage et qui ont été aliénés durant le mariage? C'est une question qu'on peut se poser en présence de l'article 2029 C. C., et que j'aurai à résoudre au titre *Des privilèges et hypothèques.* Voy. la décision du juge Smith dans la cause de *Armstrong* v. *Rolston*, 9 L. C. J., p. 16.

soit qu'elle la répudie, la femme exerce ses reprises, non point comme *propriétaire*, mais comme *créancière* (arrêt solennel du 16 janvier 1858). Ce point de droit n'est donc plus douteux aujourd'hui (1).

Ainsi, les actions en reprise constituent de véritables *créances*. Mais en quelle classe de biens les doit-on ranger? Parmi les *meubles* ou parmi les *immeubles?* Il est généralement admis qu'elles sont *mobilières*, non seulement tant que dure la communauté, mais encore après sa dissolution. Lors, a-t-on dit, que, pendant le mariage, la femme aliène un de ses propres et que l'argent en provenant est versé sans remploi dans l'actif commun, elle fait, de son consentement et de son plein gré, une avance, une espèce de prêt, à la communauté. Cette avance ou ce prêt fait naître, d'une part, pour la communauté, l'obligation de rendre une somme équivalente à celle dont elle est devenue propriétaire; d'autre part, pour la femme, le droit d'exiger la restitution de cette somme. Ce droit, corrélatif de l'obligation de la communauté, n'est et ne peut être qu'une simple créance. *Tant que la communauté dure*, l'objet de cette dette et de cette créance consiste uniquement en une somme d'argent. Aussi [[en France, sous l'empire de l'article 1595-2° du code Napoléon,]] tout le monde est-il d'accord sur ce point, qu'au cas où le mari abandonne à sa femme, pour la couvrir de ce qui lui est dû, soit un de ses propres, soit un bien de la communauté, cet arrangement constitue une véritable *datio in solutum* (*a*).

---

(1) Sources à consulter: MM. Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, n° 834. — M. Pont., *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, II, p. 600; III, p. 436 et 898; IV, p. 552; VI, p. 522. — M. Serrigny, professeur à Dijon, même *Revue*, V, p. 162. — M. Valette, *le Droit*, n° du 25 avril 1855; *Rev. prat.*, t. 4, p. 529. — M. Mimerel, *Rev. crit.*, t. 4, pp. 406 et suiv. — M. Merville, alors avocat général à la cour d'Orléans, *Rev. prat.*, t. 1er, p. 145; t. 7, p. 514. — M. Devilleneuve, *Rec. gén. des lois et des arrêts*, 1854, I, p. 145. — M. Devilleneuve, *Récomp. dans le régime de la communauté légale*. — MM. Caquot et Vavasseur, sur le même sujet. — M. Jousselain, *Des prélèvements et reprises de la femme*. — M. Ancelot, *Rev. crit.*, mai 1855. — M. Brésillion, *Rev. crit.*, VII p. 411. — M. Vavasseur, *Rev. prat.*, t. 2, p. 160, 206 et 298. — M. Bazot, *Rev. prat.*, t. 3, p. 249. — MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511, p. 363, note 28. — M. Laurent, t. 22, nos 526 et suiv. — Voy. aussi Mourlon, *Traité de la transcr.*, t. 1er, p. 106 et suiv. [[*Junge*, M. Baudry-Lacantinerie, n° 224. Notre jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur cette question.]]

(*a*) Notre code ne contient pas de disposition semblable à l'article 1595-2° du code Napoléon, qui permet la *datio in solutum* entre époux, notre article 1483, qui est au lieu de l'article 1595 C. N. se limitant à dire que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux.

L'action qu'a la femme (1) est donc purement *mobilière,* puisqu'elle a exclusivement pour objet un meuble, une somme d'argent.

Lorsqu'arrive la dissolution de la communauté, la femme n'est toujours que *créancière;* mais sa créance reçoit une modification : à la différence des créanciers ordinaires, qui n'ont que le droit de faire vendre les biens de leur débiteur et de se faire attribuer, sur le prix en provenant, la somme qui leur est due, elle est autorisée à prendre dans la communauté des biens en nature pour se couvrir de ses reprises. Ces biens pouvant être soit une somme d'argent, soit, en l'absence de numéraire, des effets mobiliers, soit enfin, à défaut de meubles, des immeubles, sa créance, paraîtrait-il, serait tantôt mobilière et tantôt immobilière, suivant la nature des biens dont se compose l'actif commun : *mobilière* s'il existe des meubles suffisants pour y faire droit, *immobilière* au cas où elle ne s'exerce que sur des immeubles, et enfin *mobilière pour partie, et immobilière pour partie,* lorsque le prélèvement s'effectue à la fois sur des meubles et sur des immeubles.

Cette décision, bien que fort logique en apparence, ne répond point à la véritable pensée de la loi. La nature d'une créance se détermine, en effet, par la nature de la chose qu'elle a principalement et directement pour objet. Or, quelle chose est due, dans l'espèce? Un prix, c'est-à-dire une somme d'argent, une chose mobilière, par conséquent. Les articles 1303, 1307, 1357-2°, sont bien formels sur ce point. Il est vrai qu'après la dissolution de la communauté et alors qu'il s'agit de liquider, l'article 1358 permet à la femme de prendre des meubles ou des immeubles en nature, lorsqu'elle ne trouve point dans l'actif commun une somme d'argent égale à celle qu'elle y a versée et qui lui est restée due ; mais ce prélèvement n'est qu'un mode particulier de la satisfaire, introduit uniquement dans la vue de faciliter la liquidation de la communauté. A ne consulter que les principes par lesquels se gouvernent les créances de sommes d'argent, la femme devrait, dans l'espèce dont il s'agit, exiger la vente des biens communs et s'en faire attribuer le prix ; mais cette manière de procéder aurait entraîné mille inconvénients, des lenteurs fâcheuses, des frais à la charge des parties, des dépréciations non moins préjudiciables. De là, pour la femme, le *droit,* sinon l'*obligation,* de prendre sur estimation,

---

(1) Ce que nous disons des reprises de la femme est également applicable aux reprises du mari.

et au lieu et place de la somme d'argent qui lui est due, des biens qu'elle pourra, aussitôt après les avoir reçus, vendre pour son propre compte, s'il ne lui convient pas de les garder. Il ne faut donc voir dans ce prélèvement que le paiement d'un meuble ou d'un immeuble au lieu et place d'une somme d'argent, en un mot, une véritable *datio in solutum*. Or, tout le monde sait que la créance qui a uniquement pour objet une somme d'argent est et reste mobilière comme son objet, quelle que soit d'ailleurs la nature de la chose donnée en paiement (1).

Cette *datio in solutum* ne constitue point un acte principal ayant pour objet des biens étrangers à la masse indivise. Les biens sur lesquels il porte sont, au contraire, des biens qui font partie de la masse partageable. Le prélèvement qui en est fait n'est donc, au fond, qu'un incident du partage, un acte accessoire qui s'identifie et se confond avec lui : aussi n'est-il point, suivant nous du moins, soumis à la formalité de [[l'enregistrement (*a*).]] Mais, bien entendu, nous le supposons, sur l'un et l'autre point, effectué en biens *communs*. Les prélèvements que la femme exerce, en cas d'insuffisance de la communauté, *sur les biens personnels de son mari*, constituant, en effet, des *dationes in solutum* sans aucun mélange avec le partage, sont réellement *translatifs* de propriété (2).

III. Partage. — Les effets du partage de la communauté sont les mêmes que ceux d'un partage de succession. L'article

---

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511, pp. 357 et 358, note 13 ; M. Laurent, t. 22, nos 535 et suiv.

Dans un autre système, que je crois plus exact, la nature de l'action en reprise est subordonnée au résultat ultérieur de la liquidation de la communauté. " Les reprises, a-t-on dit, s'exercent à titre de prélèvements (art. 1357). Les prélèvements font partie des opérations du partage de la communauté ; or, le partage étant *déclaratif* et non attributif de propriété (art. 746), chacun des époux est réputé avoir été propriétaire *ab initio* des biens qui lui échoient. La nature mobilière ou immobilière des reprises est, par conséquent, déterminée par le caractère mobilier ou immobilier des biens prélevés " (MM. Coin-Delisle, *Rev. de droit franc.*, 1846, p. 657 ; Pont et Rodière, t. I, n° 335 ; Marcadé, sur l'art. 1401). — On objecte que la fiction de l'art. 746 a été introduite dans un but spécial, et qu'ainsi elle n'est point applicable dans l'espèce. C'est ce que je n'admets point. La disposition de l'art. 746 étant générale, nous devons voir, dans l'effet déclaratif des partages, non point une fiction restreinte à telle ou telle hypothèse, mais un principe absolu.

(2) Voy. Mourlon, *Traité de la transcr.*, n° 47, p. 106 ; MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511, p. 365 ; G. Demante, *Princ. de l'enreg.*, 3e édition, t. 2, n° 644. — Voy. aussi ce qui est dit ci-dessus et ci-dessous, p. 319 et 338.

(*a*) Il le serait, naturellement, si la femme accepte, en paiement de ses reprises, des immeubles portés dans les registres au nom de son mari.

746 reçoit donc ici son application. Chaque époux est censé avoir toujours été seul propriétaire des objets compris dans son lot, et étranger aux objets échus à son conjoint.

Il n'en résulte pas toutefois que la femme qui a dans son lot un immeuble hypothéqué par le mari avant la dissolution de la communauté puisse dire : " L'hypothèque consentie par mon mari n'est pas valable, car cet immeuble ne lui a jamais appartenu." Cet immeuble appartenait, en effet, à la communauté, et le mari, son représentant, avait le droit de l'hypothéquer (art. 1292). Or, la femme, en succédant à la communauté, a reçu l'immeuble avec l'hypothèque dont il était grevé.

Que, si au contraire, cette hypothèque a été consentie par le mari, *depuis* la dissolution de la communauté, elle est sans effet à l'égard de la femme : car celle-ci est censée avoir, quant à l'immeuble mis dans son lot, *succédé* SEULE *à la communauté.*

En un mot, le partage de la communauté remonte, quant à ses effets, au jour de la dissolution de la communauté, comme chaque héritier rattache ses droits immédiatement au défunt.

Il nous reste à expliquer l'article 1362, [[qui s'exprime dans les termes suivants :

1362. " Si les héritiers de la femme sont divisés, de sorte que " l'un ait accepté la communauté à laquelle les autres ont re- " noncé, celui qui a accepté ne peut prendre dans les biens qui " échéent au lot de la femme que la portion qu'il y aurait eue " si tous eussent accepté.

" Le surplus reste au mari, qui demeure chargé, envers les " héritiers renonçants, des droits que la femme aurait pu exercer " en cas de renonciation ; mais jusqu'à concurrence seulement " de la portion héréditaire de chacun de ces renonçants (*a*)."]]

Deux espèces sont prévues :

1° La communauté était purement légale, et elle est dissoute par la mort de la femme, qui a laissé deux héritiers : — S'ils acceptent, le mari partage avec eux comme il eût partagé avec la femme, moitié pour lui, moitié pour eux ; s'ils renoncent, le mari garde toute la communauté. Mais la loi donne à chaque héritier le droit de prendre le parti qui lui convient le mieux. Si l'un d'eux renonce tandis que l'autre accepte, la part du renonçant n'accroît pas à son cohéritier ; elle reste au mari *jure non decrescendi:* le mari prend donc les trois quarts, et l'héritier acceptant un quart de la communauté.

(*a*) Cet article est en substance une reproduction de l'article 1475 du code Napoléon.

2° La femme avait, dans le contrat de mariage, stipulé qu'*en cas de renonciation*, le mari lui paierait la somme de 10,000 francs. — Si les deux héritiers de la femme acceptent, la communauté se partage, et la somme n'est pas due; s'ils renoncent tous les deux, la somme est due, et le mari garde la communauté. Si l'un accepte tandis que l'autre renonce, l'acceptant reçoit un quart de la communauté, le renonçant la moitié de la somme due: le mari a les trois quarts de la communauté et paie la moitié de la somme stipulée par la femme.

Cette théorie de l'article 1362 semble contraire à celle de l'article 649.

Voici l'espèce que règle ce dernier article. *Primus*, appelé à une succession, meurt sans l'avoir acceptée ni répudiée, et laisse deux héritiers. Ceux-ci, après avoir accepté la succession de *Primus*, délibèrent s'ils accepteront ou répudieront celle qui s'était ouverte à son profit. L'un veut accepter, l'autre veut renoncer: chacun a-t-il le droit de prendre le parti qui lui convient? Non, répond l'article 649: ils doivent s'entendre, et l'accepter ou la répudier pour le tout; sinon, elle est de plein droit acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Les héritiers de la femme peuvent, au contraire, prendre, relativement à la communauté, chacun le parti qui lui convient. Y a-t-il contradiction?

Il n'y a pas contradiction: *car les deux articles ne prévoient pas la même espèce.*

Dans le cas de l'article 649, le droit d'accepter ou de répudier était né dans la personne de *Primus*, et, n'ayant rencontré à sa naissance qu'une seule personne pour l'acquérir, il était né simple, indivisible dans son exécution. *Primus* n'aurait pas pu accepter une moitié de la succession et répudier l'autre: il n'a pas pu, par conséquent, transmettre à ses héritiers la faculté de diviser ce qu'il ne pouvait pas diviser lui-même.

L'espèce prévue par l'article 1362 est bien différente. Ces mots: " Le surplus reste *au mari*," n'étant point suivis de ceux-ci: ou *à ses héritiers*, montrent que la loi suppose la communauté dissoute par le prédécès de la femme. Le droit d'accepter ou de répudier la communauté s'est donc ouvert, non pas au profit de la femme, mais au profit de ses héritiers. Il s'est divisé en *naissant*, ou plutôt il est né *multiple*, puisqu'il a rencontré plusieurs personnes pour l'acquérir. Chacune d'elles peut, par conséquent, l'exercer de la manière qui lui convient le mieux.

Mais, si nous supposons la communauté dissoute de toute autre manière que par le *prédécès* de la femme, et celle-ci décédée

ensuite sans l'avoir acceptée ni répudiée, l'article 1362 n'est plus applicable. Les héritiers de la femme n'ont plus alors le droit de prendre des partis différents. La femme n'aurait pas pu, en effet, tout à la fois renoncer et accepter. Le droit, né indivisible dans sa personne, doit être indivisible pour ses héritiers (1). — Qui les mettra d'accord? (Voy. dans mon tome 3, pp. 390 et s., l'explic. de l'article 649).

§ II. *Du passif de la communauté, et de la contribution aux dettes* (*a*).

Cette matière peut se résumer en quatre règles.

1re RÈGLE. — Le code répond à deux questions:

a. Dans quelle proportion chaque époux peut-il être poursuivi par les créanciers?

b. Dans quelle proportion les dettes doivent-elles être supportées entre époux?

Obligation aux dettes et *contribution aux dettes*, deux idées qu'il ne faut jamais confondre. Il arrivera souvent que l'*obligation* sera plus forte que la *contribution*.

La femme devait, avant son mariage, 10,000 francs: que peut lui demander le créancier? La somme entière: car le mariage de ma débitrice ne saurait modifier mon droit en l'amoindrissant. Mais, à l'égard du mari, la femme n'en doit supporter qu'une moitié.

Bien plus, il est possible qu'un époux soit obligé de payer la totalité d'une dette dont il ne doit supporter aucune partie dans ses rapports avec son conjoint! Un emprunt a été contracté *solidairement* par les deux époux, mais dans l'intérêt exclusif et personnel [[de la femme: le mari sera tenu de la dette *pour le tout* envers le créancier, quoiqu'il n'en doive supporter aucune portion dans ses rapports avec sa femme.]]

---

(1) MM. Bug.; Rodière et Pont, t. 1er, 839. — En sens contraire, Marcadé, sur l'article 1475, II, [[et M. Baudry-Lacantinerie, n° 228.]] Pothier, à qui les rédacteurs du Code ont emprunté la disposition de l'art. 1362, la fonde sur ce que le droit de la femme est, non pas une copropriété, mais une simple créance; cela étant, peu importe que la communauté se soit dissoute par la mort de la femme ou autrement (Val.). Voy. aussi, en ce dernier sens, M. Laurent, t. 22, n° 429.

(*a*) Les articles du code Napoléon, relatifs aux questions que nous allons examiner, supposent que la communauté a été acceptée par la femme, mais les articles de notre code, plus explicitement rédigés, et plus complets, envisagent en même temps le cas de renonciation.

2ᵉ RÈGLE. — Pour résoudre la première question, c'est-à-dire pour déterminer le *quantum* dont chaque époux est tenu envers le créancier, il faut considérer en quelle qualité il est actionné. Est-ce comme *débiteur,* abstraction faite de sa qualité d'*époux commun,* ou bien est-ce seulement comme *époux commun?* Au premier cas, il est tenu pour le tout: car, si la circonstance qu'il est marié sous le régime de la communatué peut profiter au créancier, il est évident qu'elle ne peut pas lui nuire. Au second cas, il est tenu pour moitié seulement, puisqu'il n'est commun que pour moitié.

Exemples. Dettes du mari antérieures au mariage ou contractées pendant le mariage: — le créancier a contre lui action pour le tout, car il est *débiteur;* contre la femme, action pour moitié, car elle n'est tenue qu'en sa qualité de *commune* (*a*).

Dettes de la femme antérieures au mariage ou contractées par elle avec l'autorisation de son mari (ou de justice, dans les deux cas exceptionnels de l'article 1297) [[ou comme marchande publique (*b*)]]: — le créancier a contre elle action pour le tout: car elle est tenue comme *débitrice,* indépendamment de sa qualité de commune; contre le mari, action pour moitié seulement: car il ne peut être poursuivi qu'en sa qualité d'époux *commun* (Je reviendrai sur cette question, *infrà*, p. 334) (*c*).

(*a*) C'est ce que l'article 1371 exprime dans les termes qui suivent:

1371. " Le mari est tenu envers les créanciers pour la totalité des " dettes de la communauté par lui contractées; sauf son recours contre " la femme ou ses héritiers, s'ils acceptent, pour la moitié des dites dettes " ou jusqu'à concurrence de leur émolument."

Cet article est semblable à l'article 1484 du code Napoléon, sauf les mots " s'ils acceptent," et " ou jusqu'à concurrence de leur émolument," que ce dernier ne contient pas, et qui rendent notre article plus explicite.

(*b* Juge Mousseau, *Perrier* v. *Quinn,* 8 L. N., p. 19.

(*c*) Voici comment s'exprime l'article 1373 au sujet des dettes contractées par la femme:

1373. " La femme peut être poursuivie pour la totalité des dettes qui " procèdent de son chef et qui sont entrées dans la communauté; sauf " son recours contre le mari ou son héritier pour la moitié de ces dettes, " si elle accepte, et pour la totalité, si elle renonce."

L'article 1486 du code Napoléon est semblable, sauf les derniers mots " si elle accepte, et pour la totalité, si elle renonce," qu'il ne contient pas. Le code Napoléon suppose toujours que la communauté a été acceptée par la femme.

Dans une cause de *Perrault* v. *Etienne,* 1 L. N., p. 471, et 22 L. C. J., p. 210, le juge Papineau a décidé que la dette pour services médicaux rendus à la femme, bien qu'entrant dans la communauté, pourrait être

Si les deux époux se sont obligés solidairement, [[le mari]] pourra être poursuivi pour le tout, [[mais la femme, par application de l'article 1374, qui est une conséquence de l'article 1301, ne pourra être poursuivie que pour moitié, en sa qualité de commune (*a*).]]

Si la femme s'est obligée conjointement avec son mari, elle sera tenue pour moitié seulement (art. 1374) : ce n'est, en effet, que [[comme commune et]] dans cette limite qu'elle a joué le rôle de débitrice. Quant au mari, il sera tenu pour le tout: car, en faisant intervenir sa femme au contrat, il a entendu, non pas s'obliger pour moitié seulement, en rejetant l'autre moitié sur sa femme, mais donner au créancier une garantie de plus (*b*).

Par exception, l'époux qui ne peut être poursuivi qu'en sa qualité de commun peut être actionné pour le tout, lorsque la dette est garantie par une hypothèque dont est grevé un immeuble de communauté tombé dans son lot (*c*). Cette excep-

---

réclamée, par le créancier, de la femme et de ses héritiers, nonobstant leur renonciation.

La disposition de notre article 1373 se complète par l'article 1372, qui dit quelle est l'obligation du mari envers les créanciers à l'égard des dettes contractées par la femme et entrées dans la communauté. Cet article se lit ainsi:

1372. "Il (*le mari*) n'est tenu que pour moitié de celles personnelles à "la femme et qui sont tombées à la charge de la communauté, à moins "que la part afférente à la femme ne suffise pas pour acquitter sa "moitié."

La première partie de cet article est prise du code Napoléon (art. 1485) ; la condition mentionnée dans la seconde partie de l'article: "*à* "*moins*," etc., ne se trouvait pas au code Napoléon, et nos codificateurs l'y ont ajoutée sur l'autorité de Pothier (t. 7, *Communauté*, n° 730).

(*a*) L'article 1374 s'exprime ainsi:

1374. "La femme qui, pendant la communauté, s'oblige avec son mari, "même solidairement, est censée ne le faire qu'en qualité de com- "mune; en acceptant elle n'est tenue personnellement que pour moitié "de la dette ainsi contractée, et ne l'est aucunement si elle renonce."

Cet article est, comme l'article 1301, contraire à l'ancien droit, qui a été changé par notre législation provinciale (statuts refondus du Bas-Canada, ch. 37, s. 55) ; il est aussi opposé au code Napoléon (art. 1487) qui a reproduit l'ancien droit et qui permet de poursuivre la femme pour le tout, si l'obligation est solidaire, et pour moitié, si elle n'est que conjointe.

(*b*) Je suppose que la dette n'a pas été contractée pour le bénéfice de la femme, et alors on peut dire que les deux époux se sont obligés comme communs en biens. Partant, c'est une dette de la communauté, et le mari la devrait en entier par application de l'article 1371.

(*c*) Voici en effet ce que dit l'article 1376.

1376. "Celui des deux époux qui, par l'effet de l'hypothèque exercée

tion est une conséquence de l'indivisibilité de l'hypothèque (art. 2017).

3e RÈGLE. — Pour résoudre la seconde question, c'est-à-dire pour déterminer le *quantum* que chaque époux doit supporter définitivement, il faut chercher si la dette était tombée dans la communauté sans récompense, ou à charge de récompense.— Au premier cas, chaque époux en supporte la moitié (*a*). Au second, elle est supportée pour le tout par l'époux qui eût été débiteur de la récompense si la communauté, pendant qu'elle durait encore, eût acquitté la dette.

Exemples. Le mari ou la femme devait, avant son mariage, 10,000 francs, et cette dette n'était point relative à un propre de l'époux débiteur; ou bien l'un des époux, le mari, ou la femme autorisée de son mari, a, pendant le mariage, contracté un emprunt pour les affaires de la communauté: — dans l'un et l'autre cas, la dette est tombée dans la communauté, sans récompense. En conséquence, l'une et l'autre dette seront supportées pour moitié par chaque époux. Si l'époux débiteur a été, sur la poursuite du créancier, obligé de payer le tout, il aura recours pour moitié contre son conjoint.

Mais, si la dette antérieure au mariage était *relative à un propre,* ou si l'emprunt contracté pendant le mariage l'a été dans un intérêt *personnel* à l'époux emprunteur, la communauté n'était tenue que sauf récompense: cette dette restera, par conséquent, à la charge exclusive de l'époux débiteur. S'il a été forcé de la payer en totalité, il n'aura aucun recours contre son conjoint. Si celui-ci a été, sur la poursuite du créancier, obligé d'en payer la moitié, il la répétera contre le conjoint débiteur.

4e RÈGLE. — Les règles sur l'*obligation* et la *contribution* aux dettes reçoivent leur application sans aucune modification, lorsque la communauté est solvable. Lors, au contraire, qu'elle est insolvable, ces règles peuvent être modifiées au profit de la fem-

---

" sur l'immeuble à lui échu en partage, se trouve poursuivi pour la to-
" talité d'une dette de communauté, a, de droit, son recours pour la
" moitié de cette dette contre l'autre époux ou ses héritiers."

C'est une copie textuelle de l'article 1489 du code Napoléon.

(*a*) C'est une règle applicable à toute société, que l'article 1369, copié textuellement sur l'article 1482 du code Napoléon, énonce dans les termes qui suivent:

1369. " Les dettes de la communauté sont pour moitié à la charge de
" chacun des époux ou de leurs héritiers.

" Les frais de scellés, inventaires, ventes de mobiliers, liquidation, lici-
" tation et partage, font partie de ces dettes."

me, par l'effet d'un bénéfice, dit *bénéfice d'inventaire* (1). La femme qui a fait bon et fidèle inventaire des biens de la communauté n'est, en effet, obligée aux dettes et n'y contribue que *jusqu'à concurrence de son émolument.* [[Ce bénéfice est accordé à la femme par l'article 1370, qui suit:

1370. "La femme n'est tenue des dettes de la communauté, "même en l'acceptant, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des "créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument; pour-"vu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire, et en rendant comp-"te, tant du contenu de cet inventaire, que de ce qui lui est "échu par le partage (*a*)."]]

Mais cette limitation n'est pas aussi absolue à l'égard des créanciers qu'à l'égard du mari. En effet, le bénéfice d'inventaire ne peut être opposé aux créanciers qu'autant que la femme est actionnée comme *commune,* c'est-à-dire pour une dette tombée dans la communauté du chef de son mari; il ne leur est pas opposable lorsqu'elle est poursuivie comme *débitrice,* c'est-à-dire pour une dette tombée de son chef dans la communauté (*b*).

Il est, au contraire, opposable au mari pour toute espèce de dettes, non seulement pour celles qui sont tombées dans la communauté de son chef (art. 1371), mais aussi pour celles qui y sont entrées du chef de la femme (art. 1372) (2).

Exemples. — Une dette de 24,000 francs est tombée dans la communauté du chef du mari; l'actif de la communauté est de 20,000 francs: — la femme, dont l'émolument est de 10,000 francs, pourra être actionnée, non pas pour 12,000 francs, mais seulement pour 10,000 francs; et, si le mari a payé les 24,000 francs, il ne pourra recourir contre sa femme que pour 10,000 francs. Ainsi, quand il s'agit d'une dette tombée dans la communauté du chef du mari, le bénéfice d'inventaire accordé à

---

(1) Ou, suivant quelques auteurs, *bénéfice d'émolument.*

(2) MM. Aubry et Rau, t. 5, § 520, p. 443; Laurent, t. 22, n° 64. [[*Junge* M. Baudry-Lacantinerie, n° 240.]]

(*a*) Cet article, pris de l'article 228 de la coutume de Paris, est textuellement conforme à l'article 1483 du code Napoléon, sauf les mots "même en l'acceptant," que ce dernier, sous-entendant toujours l'acceptation, ne contient pas.

(*b*) Lorsque la femme s'est obligée avec son mari, même solidairement, l'obligation est une dette de la communauté, et la femme n'en est tenue que comme commune, et elle peut opposer au créancier le bénéfice d'inventaire, à moins qu'il n'apparaisse que cette dette est pour les affaires personnelles de la femme: cour d'appel, *Lecours & Jobidon,* 18 R. L., p. 95.

la femme produit son effet *tant contre le créancier que contre le mari.*

Si nous supposons que la dette de 24,000 francs était tombée dans la communauté du chef de la femme, la femme pourra être poursuivie pour le tout par son créancier; mais alors elle répétera 14,000 francs de son mari: car, vis-à-vis de lui, elle ne doit contribuer que jusqu'à concurrence de son émolument, et son émolument n'est que de 10,000 francs.

Toutefois, si cette dette était relative à un propre de la femme, si la communauté n'en était tenue que sauf récompense, le bénéfice d'inventaire ne serait pas opposable, même au mari: autrement, la femme s'enrichirait à ses dépens.

— En résumé, s'agit-il d'une dette tombée dans la communauté du chef du mari: le bénéfice d'inventaire est opposable tant au créancier qu'au mari; — d'une dette tombée dans la communauté du chef de la femme, et sans récompense: le bénéfice d'inventaire est opposable au mari, il ne l'est pas au créancier; — d'une dette tombée dans la communauté du chef de la femme, à charge de récompense: il ne l'est ni au mari ni au créancier.

[[La condition du bénéfice d'inventaire de la femme, nous l'avons vu, c'est que celle-ci ait fait un bon et fidèle inventaire et qu'elle rende compte, tant du contenu de cet inventaire, que de ce qui lui est échu par le partage. On décide en France que cet inventaire doit être fait dans les trois mois de la dissolution de la communauté (*a*). Si quelques effets n'ont pas été compris dans le partage, ou sont échus à la femme sans avoir figuré à l'inventaire, elle en doit compte.

L'émolument de la femme comprend donc: 1° tous les biens de la communauté qui lui sont échus par le partage, même ceux qui lui ont été attribués à titre de préciput; 2° les fruits de ces biens; 3° les sommes dont la femme était débitrice envers la communauté et qui lui ont été précomptées sur sa part. Mais on n'y comprend pas les biens qu'elle prélève en paiement de ses reprises ou des indemnités que la communauté lui doit.

(*a*) Nous avons vu, que, suivant la doctrine presque unanime des auteurs en France, la femme qui ne fait pas inventaire dans les délais, est déchue de la faculté de renoncer. J'ai ajouté qu'il en est différemment dans notre droit. Cependant, comme la femme ne peut réclamer le bénéfice d'émolument, qu'à la condition qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire (art. 1370), et que l'inventaire doit être fait dans les trois mois (art. 1342), je crois que, sauf les cas où elle est dispensée de faire inventaire (art. 1343), la femme qui n'a pas fait inventaire dans les délais, ne pourra se prévaloir du bénéfice conditionnel que lui accorde l'article 1370.

Le montant de l'émolument de la femme se détermine d'après la valeur des objets compris dans son lot au temps du partage. Mais les créanciers peuvent contester l'estimation faite dans l'inventaire ou dans le partage, car ils n'ont pas été parties à ces actes (*a*).]]

— Plusieurs différences existent entre le bénéfice d'inventaire accordé à la femme en matière de communauté et le bénéfice d'inventaire accordé aux héritiers en matière de succession.

1° L'héritier doit, pour acquérir le bénéfice d'inventaire, [[en faire la demande au tribunal ou à un des juges]] du tribunal de l'ouverture de la succession, et faire aussi un inventaire fidèle et exact des biens laissés par le défunt (art. 660 et 662).— La femme n'a aucune [[demande]] à faire; il suffit qu'elle fasse un inventaire fidèle et exact des biens de la communauté.

2° L'héritier qui fait, sans remplir les formalités judiciaires, des actes de disposition, même des aliénations de meubles, est déchu du bénéfice d'inventaire (art. 674, C. civ.; 1408, C. pr.). — Dans le même cas, la femme conserve le sien, pourvu qu'elle ait agi sans fraude, et qu'elle rende compte des sommes provenant des aliénations.

3° Le bénéfice d'inventaire accordé à l'héritier empêche la confusion des biens du défunt avec les biens de l'héritier. Celui-ci ne devient pas le débiteur des créanciers héréditaires: le débiteur, c'est la succession. L'héritier est seulement chargé de l'administrer et de la liquider (art. 671, 672, C. civ.). — Le bénéfice d'inventaire accordé à la femme n'empêche pas la confusion de ses biens propres avec ceux qu'elle prend dans la communauté. Sans doute, elle n'est tenue des dettes de la communauté que dans la limite de son émolument; mais, dans cette limite, elle en est tenue sur tous ses biens, sans distinction (*b*).

Lorsqu'un époux, tenu pour moitié seulement, a payé toute la dette, cet époux n'a point de répétition contre le créancier, à moins qu'il ne prouve qu'il a payé par erreur. L'erreur est

---

(*a*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, nos 241, 242.

(*b*) Le bénéfice d'inventaire accordé à la femme lui permettra cependant de réclamer de préférence aux créanciers de la communauté un douaire préfix établi sur les biens de la communauté, et enregistré: cour supérieure, *Delisle* v. *Richard*, 6 L. C. R., p. 37. Cependant, ce n'est là que l'application des règles générales qui régissent le concours entre créanciers, car la femme est créancière de son douaire préfix.

suffisamment prouvée lorsque la quittance porte que ce que l'époux a payé était pour sa moitié. [[L'article 1375 le dit positivement pour la femme; il s'exprime ainsi:

1375. "La femme qui a payé une dette de la communauté " au delà de sa moitié, n'a pas de répétition pour l'excédant, à " moins que la quittance n'exprime que ce qu'elle a payé était " pour sa moitié.

" Mais elle a un recours contre son mari ou ses héri-" tiers (*a*).]]

Rien n'empêche que, par le partage, l'un des deux époux soit chargé de payer au delà de sa part des dettes communes, ou même de les acquitter entièrement; mais les conventions faites à ce sujet ne peuvent pas nuire aux créanciers (*b*).

Deux questions nous restent à examiner.

Nous avons dit, *supra*, p. 328, que le mari n'est tenu que pour moitié des dettes contractées par la femme avec son autorisation; mais cette opinion n'est pas universellement admise. Quelques personnes soutiennent qu'il est tenu pour le tout (1). Elles raisonnent ainsi: "Le mari est tenu pour le tout des dettes *par lui contractées* (art. 1371); or, les dettes que la femme a contractées avec son autorisation sont assimilées aux dettes qu'il a contractées lui-même, puisque l'article 1290 reconnaît que le paiement peut en être poursuivi sur ses biens personnels."

Dans ce système, l'article 1372, où il est dit que le mari n'est tenu que pour moitié des dettes tombées dans la communauté du chef de la femme, s'applique uniquement aux dettes de la femme antérieures au mariage.

(*a*) Le premier alinéa de cet article est une copie textuelle de l'article 1488 du code Napoléon; le deuxième alinéa ne s'y trouve pas, mais il va de soi, et rentre d'ailleurs dans la disposition du deuxième alinéa de l'article 1490 C. N. (Voy. la note suiv. (*b*)).

(*b*) Voici ce que dit à ce sujet l'article 1377:

1377. "Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à ce que, par " le partage, l'un ou l'autre des copartageants soit chargé de payer une " quotité de dettes autre que la moitié, même de les acquitter entière-" ment."

Cet article est une copie textuelle du premier alinéa de l'article 1490 du code Napoléon; ce dernier ajoute, en deuxième alinéa: "Toutes les " fois que l'un des copartageants a payé des dettes de la communauté " au delà de la portion dont il était tenu, il y a lieu au recours de celui " qui a trop payé contre l'autre." Notre article omet cette disposition, mais on y peut suppléer par une application réciproque du deuxième alinéa de notre article 1375.

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 520, p. 433, note 2.

Nous avons rejeté cette solution, parce qu'elle est trop directement contraire au texte positif de l'article 1372. Sans doute, le mari peut être, quant à ces dettes, poursuivi pour le tout et sur ses biens personnels; mais il ne peut l'être que *durant la communauté* (voy. *supra*, p. 192) (1); [[après la dissolution de la communauté il ne peut être poursuivi, quant à ces dettes, pour le tout ou pour une portion plus grande que la moitié, qu'au cas où la part afférente à la femme dans la communauté n'est pas suffisante pour acquitter la moitié dont elle est tenue (art. 1372).]]

Les dettes personnelles du mari, telles que celles qui font partie d'une succession immobilière à lui échue, dettes qui peuvent être poursuivies sur la communauté *tant qu'elle dure*, peuvent-elles l'être, *après la dissolution de la communauté*, tout à la fois contre le mari et contre la femme (sauf le règlement de la récompense à intervenir entre eux) ? L'action des créanciers n'est-elle pas, au contraire, restreinte aux biens propres du mari et à sa part dans la communauté?

La question est controversée.

1er SYSTÈME. — *Ces dettes peuvent être poursuivies sur la communauté tant qu'elle dure* (art. 1283, 2e al.) ; *mais, dès qu'elle est dissoute, le paiement n'en peut être réclamé que contre le mari.* Ces dettes, en effet, n'entrent point dans le passif de la communauté: car le pouvoir qu'a le mari d'obliger la femme en obligeant la communauté a son principe dans un mandat qu'il a reçu d'elle; or, la femme ne lui a pas donné mandat d'obliger la communauté en dehors de l'intérêt commun. Sans doute, le paiement de ses dettes personnelles peut être poursuivi sur la communauté tant qu'elle dure; mais pourquoi? parce que les biens de la communauté et les siens propres sont confondus en une seule masse, et qu'il serait dangereux de forcer les créanciers à diviser cette masse afin de diriger les poursuites sur les propres du mari (voy. *supra*, p. 172).

Tant qu'elle dure, le mari peut disposer des biens de la communauté, les dissiper même (voy. supra, p. 216) ; à plus forte raison peut-il les employer à l'acquittement de ses dettes personnelles. Ce droit, lui appartenant, appartient également à ses créanciers, conformément au principe de l'article 1031. Mais, dès que la communauté cesse, le mari perd le droit de disposer des biens de la communauté; son droit est désormais limité à la moitié des biens communs: le droit de ses créan-

(1) Voy. aussi M. Laurent, t. 23, nos 47 et suiv.

ciers personnels est donc également restreint à sa moitié. L'autre moitié, qui appartient à la femme, n'est plus à sa disposition.

2e Système. — *La femme peut être poursuivie pour moitié, sauf son recours contre le mari.* En effet, elle peut, aux termes de l'article 1369, être poursuivie pour la moitié des dettes de la communauté. Or, les dettes qui font partie d'une succession immobilière échue au mari, tombent dans la communauté, puisque les créanciers ont action contre elle aux termes de l'article 1283, 2e alinéa. Qu'importe que le droit qu'avait le mari de disposer de la totalité des biens communs cesse au jour de la dissolution? Il cesse pour l'avenir seulement. Le gage des créanciers est né, les biens communs ont été valablement grevés au moment où est née l'obligation. C'est alors que les créanciers du mari sont devenus créanciers de la communauté; le hasard de la dissolution n'a pu modifier leur situatoin, car ce fait ne saurait jamais préjudicier à l'intérêt des tiers. S'il en était autrement, si le gage des créanciers devait, à la dissolution de la communauté, être restreint à la part du mari, les créanciers ne manqueraient pas d'agir au plus vite pendant que dure la communauté; de là des poursuites incessantes, des saisies inopportunes, l'altération du crédit, la ruine peut-être de la communauté. L'intérêt de la femme exige que le crédit de son mari inspire la confiance; or, cette confiance ne peut exister qu'à la condition de conserver aux créanciers qui avaient action contre la communauté le droit de poursuivre le paiement de ce qui leur est dû, tant sur la part de la femme que sur celle du mari (1).

[[Je crois le premier système fondé en raison (*a*).

Toutes les règles que nous venons de poser à l'égard du mari et de la femme, quant au partage de la communauté, s'appliquent également aux héritiers de l'un et de l'autre. C'est ce qu'exprime dans les termes suivants notre article 1378, à l'instar de l'article 1491 du code Napoléon, dont il est une copie textuelle:

1378. "Tout ce qui est dit ci-dessus à l'égard du mari ou "de la femme, a lieu à l'égard des héritiers de l'un et de l'autre, et ces héritiers exercent les mêmes droits et sont soumis "aux mêmes actions que le conjoint qu'ils représentent."]]

(1) Voy. M. Laurent, t. 23, nos 61 et 62. — Le 1er système peut être admis quant aux dettes *immobilières* dont le mari était tenu lors de la célébration. Comp. M. Laurent, t. 21, no 489.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 109, paraît admettre ce système.

SECTION VI. — DE LA RENONCIATION A LA COMMUNAUTÉ ET DE SES EFFETS.

I. Des effets de la renonciation entre la femme et le mari. — [[Citons d'abord l'article 1379:

1379. " La femme qui renonce ne peut prétendre aucune " part dans les biens de la communauté, pas même dans le mo- " bilier qui y est entré de son chef (*a*)."]]

La femme qui renonce *perd* toute espèce de droit sur les biens de la communauté (*b*). *Perd:* car elle avait pendant le mariage des droits sur les biens de la communauté. Elle était copropriétaire avec le mari, non pas sous la condition suspensive de son acceptation, mais sous la condition résolutoire de sa renonciation. Si elle accepte, le droit résoluble qu'elle avait devient irrévocable; si elle renonce, il est résolu *rétroactivement,* et le mari est réputé avoir toujours été seul propriétaire des biens qui composaient la communauté. Toullier enseigne, au contraire, que pendant le mariage le mari est seul propriétaire; que la femme n'a que l'expectative de devenir un jour commune: MULIER NON EST SOCIA, SED SPERATUR FORE; en un mot, qu'il n'y a pas communauté pendant le mariage. Aussi la fait-il commencer quand nous la faisons finir, c'est-à-dire au moment de la dissolution du mariage, de la séparation de corps ou de biens. Cette théorie n'est pas admissible. La loi dit positivement que la communauté commence avec le mariage (art. 1269) et qu'elle finit avec lui (art. 1310).

— Lorsque la femme renonce, le mari garde tout l'actif, même celui qui est tombé dans la communauté du chef de la femme (*c*). Par corrélation, le mari supporte seul tout le passif, même celui qui est tombé dans la communauté du chef de la femme.

[[Mais le mari ne garde que les biens communs, les biens propres de la femme restent à cette dernière. L'article 1381, expli-

---

(*a*) Le premier alinéa de l'article 1492 du code Napoléon, qui correspond à cet article, emploie les termes " perd toute espèce de droit sur " les biens...", au lieu de " ne peut prétendre aucune part dans les " biens...", que nous trouvons dans notre article. Ce n'est qu'une différence de mots.

(*b*) J'emploie ici les termes du code Napoléon (art. 1498).

(*c*) Ainsi la femme qui a renoncé ne pourra s'opposer à la saisie et à la vente par les créanciers du mari d'une propriété achetée par elle pendant la communauté: cour suprême, *McCorkill & Knight*, 3 *Supreme Court Repts.*, p. 233

que dans les termes suivants en quoi consistent ces reprises auxquelles a droit la femme renonçante:

1381. "La femme renonçante a droit de reprendre:

"1° Les immeubles à elle appartenant, s'ils existent en na-"ture, ou l'immeuble qui a été acquis en remploi;

"2° Le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a "pas été fait et accepté, comme il est dit ci-dessus en l'article "1306;

"3° Les indemnités qui peuvent lui être dues par la commu-"nauté (*a*)."]]

La femme reprend tous ses biens qui n'étaient pas tombés dans la communauté ou qui n'y étaient tombés qu'à charge de récompense. Ainsi, elle reprend ses propres aliénés, et elle conserve contre son mari action pour se faire payer les récompenses qui lui sont dues, soit par lui, soit par la communauté. Par corrélation, elle doit supporter seule toutes ses dettes qui n'étaient pas tombées dans la communauté ou qui n'y étaient tombées qu'à charge de récompense.

— Quoique l'actif appartienne en entier au mari, par humanité on permet à la femme de reprendre les linges et hardes *à son usage* (art. 1380) (*b*). Les linges de table, les bijoux, sauf [[les gages et dons nuptiaux]], restent au mari. Les coutumes n'accordaient à la femme qu'*un seul habillement*. [[Notre code est plus libéral que l'ancien droit, car il ne limite pas la quantité du linge et des hardes dont il permet la reprise, et plus libéral que le code Napoléon, car il permet de retenir les gages et dons nuptiaux.]]

La femme exerce ses reprises tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari. [[C'est ce que le premier alinéa de l'article 1383 exprime dans les termes suivants: "Elle peut exercer toutes les actions et reprises ci-dessus détaillées, tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari (*c*)."]] Mais elle ne peut pas exiger, si elle est créancière de sommes d'argent, que son mari lui donne en paiement des biens en nature, ainsi qu'elle le peut lorsqu'elle est

---

(*a*) C'est une reproduction de l'article 1493 du code Napoléon.

(*b*) Cet article, qui est indiqué comme étant de droit nouveau, se lit ainsi:

1380. "Elle peut cependant retenir les hardes et linges à son usage "personnel, sans y comprendre d'autres bijoux que les gages et dons "nuptiaux."

Le deuxième alinéa de l'article 1492 du code Napoléon mentionne les hardes et linges, mais ne fait aucune mention des bijoux.

(*c*) Le premier alinéa de l'article 1495 du code Napoléon est rédigé dans les mêmes termes.

acceptante et qu'elle exerce ses reprises sur les biens de la communauté. En effet, il n'y a plus, dans l'espèce, de biens communs, de masse indivise, débitrice envers la femme: tous les biens appartiennent au mari (voy. *supra*, pp. 319 et suiv.). La femme agit donc, non plus contre une masse dont elle est copropriétaire, mais contre un débiteur ordinaire. Dès lors, le mari a le droit de payer en argent; et, s'il consent à donner en paiement des biens en nature, ce paiement est une véritable *datio in solutum* qui opère translation de propriété (1). Inutile d'ajouter que, de même que tout autre acte *translatif de propriété*, cette *datio* n'a d'effet, à l'égard des tiers, qu'à compter du jour où elle a été [[enregistrée]], toutes les fois qu'il s'agit d'immeubles (2).

Lorsque la femme accepte, les récompenses qui lui sont dues par la communauté produisent de plein droit des intérêts, du jour de la dissolution (art. 1360). Il n'en est pas de même lorsqu'elle renonce. Alors, en effet, la récompense est due, non par la communauté, puisqu'il n'y en a jamais eu, mais par le mari. Or, les récompenses dues par un époux à l'autre ne produisent intérêt que du jour de la [[mise en demeure (art. 1366) (3).]]

II. De l'effet de la renonciation entre la femme et les créanciers.— [[Il me suffit de citer l'article 1382, qui se lit comme suit:

1382. " La femme renonçante est déchargée de toute contri-
" bution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari
" qu'à l'égard des créanciers, même de ceux envers qui elle s'est
" obligée conjointement avec son mari.

" Elle reste cependant tenue de la dette qui, provenant origi-
" nairement de son chef, est tombée dans la communauté; sauf,
" dans ce cas, son recours contre le mari ou ses héritiers (*a*)."]]

---

(1) Voy. en ce sens MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511, p. 366; Laurent, t. 23, n° 104. — *Contrà*, M. Val., *Rev. prat. de droit franc.*, t. 4, pp. 529 et suiv.

(2) Voyez Mourlon, *Traité de la Transcr.*, t. 1er, n° 47, p. 106.—*Conf.*, M. Merville, premier avocat général à la cour d'Orléans, *Rev. prat.*, t. 7, p. 514.

(3) *Contrà*, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 511, p. 358, note 14, et l'arrêt de cassation du 9 février 1870. Dans le même sens, M. Laurent, t. 23, n° 102.

(*a*) L'article 1494 du code Napoléon, correspondant, ne diffère en substance de notre article que sur un point: il permet aux créanciers, envers qui la femme s'est obligée conjointement, de la poursuivre pour

Quant aux dettes tombées dans la communauté du chef du mari, la femme renonçante n'en est tenue pour aucune portion. Au contraire, elle peut être actionnée pour le tout quant aux dettes tombées de son chef dans la communauté; sauf son recours contre le mari, à moins qu'il ne s'agisse d'une dette qui n'était tombée dans la communauté qu'à charge de récompense.

Les règles qui viennent d'être expliquées sont applicables aux héritiers de la femme comme à la femme elle-même. Toutefois ils ne jouissent point du droit de retirer les linges et hardes à son usage. [[Voici en effet comment se lit le deuxième alinéa de l'article 1383, qui est une reproduction du deuxième alinéa de l'article 1495 du code Napoléon: " Ses héritiers le " peuvent de même, sauf en ce qui concerne le prélèvement des " linges et hardes, ainsi que le logement et la nourriture pen- " dant les délais donnés pour faire inventaire et délibérer, les- " quels droits sont purement personnels à la femme survi- " vante."]] Cela est parfaitement vrai pour le cas où la communauté a été dissoute par la mort de la femme: le droit de prendre les linges et hardes à son usage ne peut pas, en effet, *naître* dans la personne de ses héritiers. Mais il est transmissible comme tout autre droit. Il appartiendra, par conséquent, à ses héritiers quand il sera né dans sa personne, c'est-à-dire lorsque la communauté sera dissoute par la séparation de corps, par la séparation de biens ou par le prédécès du mari.

III. Du deuil de la veuve.—[[Il nous reste à parler de l'article 1368, qui est une copie textuelle de l'article 1481 du code Napoléon, et se lit comme suit:

" 1368. " Le deuil de la femme est aux frais des héritiers " du mari prédécédé.

" La valeur de ce deuil est réglée selon la fortune du mari.

" Il en est dû même à la femme qui renonce à la communauté."

Il n'y a que la femme qui jouisse de ce privilège de faire payer son deuil par les héritiers de son conjoint. Le mari, quand il survit, supporte seul les dépenses de son deuil. La raison de

---

moitié de la dette, même si elle renonce, sauf son recours contre le mari ou ses héritiers. Notre code considérant que la femme, en ce cas, ne s'est engagée que comme commune (art. 1301, 1374), et qu'elle est complètement libérée, si elle renonce, notre article 1382 a dû être rédigé en conséquence.

De même dans le cas de séparation judiciaire de biens, la femme qui renonce est complètement libérée de toute obligation qu'elle a encourue comme commune: juge Jetté, *Bourgouin* v. *Roy*, M. L. R., 3 S. C., p. 168.

cette différence est probablement l'état de dénument où la mort du mari laisse souvent sa veuve, privée de sa jouissance des revenus qui provenaient du travail et de l'industrie de son mari. Celui-ci, au contraire, lorsqu'il survit, peut continuer son travail et subvenir aux dépenses qu'entraîne la mort de sa femme. Donc quand le mari prédécède, les frais du deuil de la veuve sont une charge de la succession du défunt; la femme n'en supporte pas sa part, même quand elle accepte; et il est dû même à la femme qui renonce.

Ce privilège, bien entendu, est personnel à la femme, et ne peut être réclamé par ses héritiers.

Le deuil de la veuve est dû par la succession du mari, quel que soit le régime sous lequel le mariage a été contracté; la femme séparée de biens y a droit, aussi bien que la femme commune en biens: juge Casault, *Dessaint* v. *Ladrière,* 16 Q. L. R., p. 277. Mais la veuve ne peut réclamer pour l'achat de son deuil qu'une somme proportionnée à la fortune de son mari: cour de revision, *Jodoin* v. *Larivière,* R. J. Q., 6 C. S., p. 345. L'article 1368 le dit d'ailleurs formellement.

Ajoutons cependant que le deuil de la femme est un gain de survie, et qu'elle ne peut réclamer ce deuil des héritiers de son mari lorsqu'elle a été convaincue d'adultère: juge Tellier, *Bradley* v. *Ménard,* R. J. Q., 18 C. S., p. 382.]]

DEUXIEME PARTIE. — De la communauté conventionnelle et des conditions les plus ordinaires qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale.

La communauté dite *conventionnelle* est *la communauté légale, maintenue comme principe du régime adopté par les parties, mais modifiée par leurs conventions* (voy. *supra,* p. 136).

La clause qui détruirait complètement les principes essentiels de la communauté légale pourrait bien être licite et obligatoire, mais elle donnerait naissance à tout autre régime que le régime de la communauté conventionnelle. La rubrique de la *deuxième partie* est donc trop générale. Il faut en retrancher ces derniers mots: ou *même exclure la communauté légale.*

[[L'article 1384 énumère, dans les termes suivants, sept clauses modificatives de la communauté légale:

1384. " Les époux peuvent modifier la communauté légale " par toute espèce de conventions non contraires aux articles " 1258 et 1259.

" Les principales modifications sont celles qui ont lieu en stipulant:

" 1° Que le mobilier présent ou futur n'entrera pas en communauté, ou n'y entrera que pour partie, par voie de réalisation;

" 2° Qu'on y comprendra la totalité ou partie des immeubles présents ou futurs, par voie d'ameublissement;

" 3° Que les époux paieront séparément leurs dettes antérieures au mariage;

" 4° Qu'en cas de renonciation, la femme pourra reprendre ses apports francs et quittes;

" 5° Que le survivant aura un préciput;

" 6° Que les époux auront des parts inégales;

" 7° Qu'il y aura entre eux communauté universelle ou à titre universel (*a*)."]]

A chacune de ces clauses correspond une section explicative des principes qui la régissent.

Les unes modifient la communauté, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif (sec. 7); d'autres, au point de vue passif seulement (sec. 3). Enfin, il en est qui, sans toucher à la composition active ou passive de la communauté, dérogent au principe que la communauté se partage également entre les époux (sec. 4, 5 et 6).

Les unes sont restrictives (sec. 1 et 3), les autres extensives (sec. 2 et 7).

L'énumération des modifications exposées par le code est, non pas limitative, mais énonciative; s'il les a réglementées et s'en est spécialement occupé, c'est uniquement parce qu'elles sont les plus usuelles.

Ainsi, les parties peuvent modifier la communauté légale comme elles l'entendent, pourvu que les modifications qu'elles y apportent n'aient rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs.

(*a*) Cet article est en substance une reproduction de l'article 1497 du code Napoléon, sauf que ce dernier mentionne en premier lieu une clause modificatrice de la communauté, qui fait l'objet de deux articles spéciaux du code Napoléon (art. 1498, 1499), et que notre code passe sous silence, celle de " la communauté réduite aux acquêts." Mais les indications de notre article ne sont pas limitatives, et les parties peuvent bien faire d'autres stipulations, comme celle-ci, entre autres, pourvu qu'elles ne soient contraires à aucune loi positive (art. 1257, 1413).

La communauté réduite aux acquêts, très usitée aujourd'hui en France, n'était pas pratiquée dans les pays de coutume. Les auteurs du code Napoléon l'ont trouvée dans la législation des pays de droit écrit.

SECTION PREMIÈRE. — DE LA CLAUSE DE RÉALISATION.

La pratique a donné à cette clause plusieurs dénominations. On l'appelle *exclusion de communauté, stipulation de propres, réalisation.*

L'*exclusion de communauté,* [[ou *réalisation,* qui est définie par l'article 1385 (*a*),]] peut résulter soit d'une déclaration expresse et directe, comme lorsqu'on dit: Le mobilier présent sera exclu de la communauté; soit, *par voie de conséquence,* d'une autre déclaration, comme lorsqu'on dit: Le mobilier présent tombera dans la communauté jusqu'à concurrence d'un tiers ou jusqu'à concurrence de 20,000 francs. L'excédent est alors exclu, quoique les parties ne l'aient pas dit expressément. L'exclusion est *expresse* dans le premier cas; elle est *tacite* dans le second.

I. Exclusion expresse. — Elle peut être plus ou moins étendue. Ainsi, on peut exclure tout le mobilier présent seulement, — tout le mobilier à venir seulement, — une portion aliquote, comme un tiers, un quart, du mobilier, — enfin tel objet déterminé.

La clause portant que tout le mobilier présent et *futur* sera exclu ne doit pas être prise à la lettre: autrement, que comprendrait l'actif commun? Evidemment le mot *futur* est trop général: il ne doit s'entendre que des biens acquis par succession, donation ou legs. [[Le mobilier acquis à titre onéreux par les époux, tombe donc dans la communauté (*b*).]]

L'exclusion de communauté, étant une dérogation à la communauté légale, doit être interprétée *restrictivement.* Ainsi, la clause par laquelle un époux a déclaré exclure de la communauté *tout son mobilier* ne s'entend que du mobilier présent.

L'exclusion *des meubles acquis par succession* ne comprendrait pas des meubles acquis par *donation,* et réciproquement.

(*a*) Cet article, qui est le même quant au fond que l'article 1500 du code Napoléon, s'exprime comme suit:

1385. " Par la clause de réalisation les parties excluent de la commu-
" nauté, pour le tout ou pour partie, leur mobilier qui sans cela y tombe-
" rait.

" Lorsqu'elles stipulent qu'elles en mettront réciproquement dans la
" communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme ou d'une valeur
" déterminée, elles sont, pour cela seul, censées se réserver le surplus."

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 259.

L'un des époux peut exclure tout son mobilier, quoique l'autre n'exclue aucune portion du sien (*a*).

II. Exclusion tacite ou par voie de conséquence. — [[La réalisation tacite résulte principalement de deux clauses: la clause d'emploi et la clause d'apport.

1° *Clause d'emploi.* L'un des époux a stipulé qu'une certaine somme qu'il a apportée ou qui sera prise sur son mobilier, sera employée, à son profit, en acquisition d'immeubles. Cette clause entraîne la conséquence que la somme affectée à l'emploi sera propre à l'époux qui l'a stipulé. Si l'emploi a été affectué les immeubles acquis seront propres à l'époux; s'il ne l'a pas été, cet époux prélèvera à la dissolution de la communauté la somme affectée à l'emploi.

2° *Clause d'apport.*]] Un époux a déclaré que son mobilier tomberait dans la communauté jusqu'à concurrence du quart. La loi suppose que cette clause est en même temps exclusive de communauté quant aux trois autres quarts du mobilier; et c'est avec grande raison: car, si cette exclusion n'était pas dans la pensée des parties, la clause portant que le mobilier sera commun pour un quart n'aurait plus aucun sens.

De même, si un époux déclare que son mobilier *présent* tombera dans la communauté, il *exclut* implicitement son mobilier à venir: autrement, il serait impossible de comprendre la clause d'apport du mobilier présent, puisque d'après le droit commun le mobilier présent, comme le mobilier à venir, tombe dans la communauté.

Un époux a déclaré qu'il mettrait dans la communauté la somme de 20,000 francs: — cette clause peut être entendue de deux manières: 1° en ce sens que l'époux *n'apportera que* 20,000 francs; c'est alors un *maximum;* 2° en ce sens que l'époux *apportera au moins* 20,000 francs; c'est alors un *minimum* garanti à la communauté. La loi y a vu un maximum: tout ce qui excède la somme promise est, par conséquent, exclu de la communauté.

L'époux qui déclare apporter à la communauté telle somme, ou son mobilier jusqu'à concurrence de telle valeur, doit prouver que le mobilier qui est entré de son chef dans la communauté est supérieur ou au moins égal à la somme promise.

[["Cette clause," dit l'article 1386, qui est une copie textuelle de l'article 1501 du code Napoléon, "rend l'époux débi-

(*a*) Mais dans ce cas la stipulation pourrait, suivant les circonstances, être regardée comme une libéralité déguisée. Comp. Sirey, 1890,1. 179.

teur envers la commnuauté de la somme qu'il a promis d'y mettre, et l'oblige à justifier cet apport.]] A défaut de cette justification, il est tenu de fournir, sur ses biens personnels, à la communauté, la valeur promise pour son apport.

Mais cemment se fait cette justification? [[L'article 1387, qui répond à cette question, distingue:

1387. " L'apport est suffisamment justifié, quant au mari, " par la déclaration portée au contrat de mariage, que son mo- " bilier est de telle valeur.

" Il est suffisamment justifié, à l'égard de la femme, par la " quittance que le mari donne, soit à elle, soit à ceux qui lui " ont fait l'avantage.

" Si l'apport n'est pas exigé dans les dix ans, la femme est " censée l'avoir fait, sauf preuve contraire (*a*)."]]

Si c'est la femme qui est débitrice de l'apport, elle prouve sa libération par une quittance que lui donne le créancier de l'apport, c'est-à-dire la communauté représentée par le mari. Si l'apport est dû par le mari, la preuve de sa libération ne peut pas résulter d'une quittance: car qui la donnerait? La communauté, qui est le créancier de l'apport, ne le pourrait pas, puisqu'elle est un être purement moral; la femme ne le pourrait pas davantage, car elle n'a pas mandat pour parler au nom de la communauté; et on conçoit que le mari ne peut se la donner à lui-même. Quant à lui, la preuve de sa libération résulte de la déclaration, portée au contrat et non contredite par la femme ou ses représentants, que son mobilier est de telle valeur.

Ainsi, le mari a promis à la communauté un apport de 20,000 francs et il a déclaré que son mobilier valait 30,000 francs. Cette déclaration prouve deux choses: 1° que le mari a *réellement versé* dans la communauté l'apport promis, 20,000 francs; 2° qu'il a versé, en outre, 10,000 francs, exclus de la communauté, dont celle-ci se trouve, par conséquent, constituée débitrice envers lui, et qu'il pourra prélever quand elle sera dissoute. Cette déclaration doit être réputée vraie: car la femme en a tacitement reconnu l'exactitude, en la laissant insérer sans contestation dans le contrat de mariage.

Cependant la femme serait admise à la critiquer, dans deux cas: 1° lorsqu'elle prétend que son mari l'a induite en erreur par des manœuvres frauduleuses sur la consistance de son mobilier; 2° lorsqu'elle soutient que son mari a, dans l'intervalle

---

(*a*) Cet article, sauf le dernier alinéa, qui n'y est pas contenu, est semblable à l'article 1502 du code Napoléon.

du contrat de mariage au jour de la célébration, employé une portion de son mobilier à acquérir des immeubles.

La quittance donnée par le mari à la femme et la déclaration au contrat que le mobilier du mari est de telle valeur prouvent SUFFISAMMENT, dit l'article 1387, que l'apport a été effectué. Ces deux moyens de preuve ne sont donc pas les seuls. Ainsi, il n'est pas douteux, par exemple, que la preuve de la consistance du mobilier présent du mari ou de la femme peut résulter d'un inventaire, d'un compte de tutelle, etc.

[[Pothier (n° 298) indique, en effet, d'autres modes de preuve que ceux que mentionne notre article, tel qu'un état fait entre les conjoints, même depuis le mariage, et sous leur signature privée, contenant le détail et la prisée des meubles apportés. Il ajoute qu'aucun des conjoints qui ont signé cet état n'est recevable à l'attaquer, en alléguant que, dans la vue d'avantager l'autre conjoint contre la défense de la loi, il a considérablement diminué la quantité de son mobilier, ou souffert que l'autre conjoint grossît la quantité du sien, car on n'est pas recevable à alléguer sa fraude (*a*).

Pothier permet cependant aux époux de faire la preuve d'omission, par inadvertance ou par oubli, de la mention de certains articles de leur mobilier.

Notre article du reste vient au secours de la femme en créant, à son profit, une présomption légale d'apport, lorsque l'apport qu'elle a promis n'a pas été exigé dans les dix ans. Cette présomption, qui peut être combattue par une preuve contraire, n'existe pas dans le droit français moderne, mais Lebrun l'accueillait à l'égard des deniers dotaux (*b*).

Pothier (n° 300) admettait la preuve, par commune renommée, de la quantité du mobilier que les conjoints, ou l'un d'eux, avaient lors du mariage, lorsqu'il n'y avait aucun acte par lequel l'apport pouvait être justifié. Je doute que le mari puisse jamais recourir à une telle preuve, en l'absence d'un texte qui l'autorise. Et à l'égard de la femme, l'article 1389 lui permet ainsi qu'à ses héritiers d'y recourir pour prouver la consistance du mobilier qui lui est échu *pendant le mariage*, car le mari est en faute de ne l'avoir pas constaté. Mais le mari n'est pas obligé d'inventorier le mobilier qu'avait la femme *lors du mariage*, car celle-ci peut en faire l'énumération et la prisée par

---

(*a*) Je ne doute pas, cependant, que la femme ne soit admise à alléguer la fraude de son mari, en faisant voir, par exemple, qu'il aurait abusé de son empire sur elle pour la faire accepter un état mensonger.

(*b*) *Communauté*, liv. 3, ch. 2, sec. 1, dist. 3, n° 42.

le contrat de mariage. Je ne crois pas qu'on puisse étendre la disposition de l'article 1389, au delà du cas qu'elle prévoit.]]

Les meubles à venir, exclus de la communauté, [[c'est-à-dire ceux qui sont échus à chaque époux depuis le mariage en sus de ceux qu'il s'est obligé d'y faire entrer, et qu'il a droit de reprendre, en nature ou en valeur, sur les biens de la communauté, lors de sa dissolution,]] restent propres à chaque époux. Mais, tout bien étant réputé acquêt de communauté, l'époux qui réclame un objet comme lui étant propre doit prouver que l'objet provient d'une cause de propres, d'une succession, d'une donation ou d'un legs. Comment se fait cette preuve? [[L'article 1389, qui suit, répond à cette question:

1389. " Dans le cas de l'article précédent, le mobilier qui " échoit à chacun des conjoints pendant le mariage doit être " constaté par un inventaire ou autre titre équivalent.

" Au cas du mari, le défaut de tel inventaire ou titre le rend " non recevable à exercer la reprise du mobilier qui lui est " échu pendant le mariage.

" Si au contraire il s'agit de la femme, il lui est loisible " ainsi qu'à ses héritiers de faire, en pareil cas, preuve soit par " titre, soit par témoins, et même par commune renommée, du " mobilier qui lui est ainsi échu (*a*)."]]

Ainsi, le mari agira très prudemment en faisant l'inventaire des biens composant les successions ouvertes pendant le mariage: en son nom, s'il est héritier; au nom de la femme, si c'est au profit de celle-ci qu'elles se sont ouvertes.

[[**III. Effets de la clause de réalisation.**]] L'exclusion totale ou partielle du mobilier entraîne-t-elle implicitement, par voie de conséquence, l'exclusion des dettes mobilières dans la même proportion? Par exemple, si les époux ont exclu leur mobilier présent, leurs dettes présentes sont-elles également exclues?

Premier système. — L'exclusion de l'actif a pour conséquence nécessaire l'exclusion du passif correspondant. En effet, si la communauté légale est tenue des dettes mobilières des époux, n'est-ce pas parce qu'elle acquiert leur fortune mobi-

---

(*a*) Cet article est indiqué comme étant de droit nouveau, et est semblable quant au fond à l'article 1504 du code Napoléon; cependant ce dernier est plus explicite, dans le cas du mari, car au lieu des termes " titre équivalent (à un inventaire du mobilier)," il emploie, quant au mari, les termes " titre propre à justifier de sa consistance et valeur, dé- " duction faite des dettes." Mais cela va de soi.

lière? Lors donc que la communauté reste étrangère à l'actif, elle doit par corrélation rester étrangère au passif. Si les successions ont été exclues, dira-t-on que la communauté est tenue des dettes qui les grèvent? Cela est impossible: car *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno.* Or, si la communauté n'est pas tenue de ces dettes, on ne voit pas pourquoi elle le serait de celles qui grèvent le mobilier présent exclu de la communauté (1).

Deuxième système. — L'exclusion de l'actif mobilier n'a pas pour conséquence nécessaire l'exclusion du passif mobilier. En effet, d'après le droit commun, tombent dans la communauté les meubles présents et à venir, les dettes présentes et à venir; or, le droit commun doit produire son effet ordinaire, toutes les fois que les parties n'y ont pas dérogé. En disant que leur mobilier ne tombera pas dans la communauté, les époux ne dérogent au droit commun que quant à l'actif: donc le passif tombe dans la communauté. Lorsque les époux ont dit qu'ils paieront séparément leurs dettes (art. 1396), cette exclusion du passif n'entraîne pas nécessairement l'exclusion de l'actif correspondant: donc il n'y a pas corrélation nécessaire entre l'actif et le passif: donc l'un peut tomber dans la communauté quoique l'autre n'y tombe pas. En un mot, la *clause d'exclusion du mobilier* exclut de la communauté, l'actif seulement; la *clause de séparation de dettes,* le passif seulement (2).

[[Le premier système me paraît devoir être accueilli dans notre droit. Cependant, la solution qu'il consacre ne serait pas admissible si la réalisation a été faite à titre particulier (*a*).]]

Lorsque la communauté est dissoute, chaque époux a le droit de *prélever tout ce qui excède son apport,* c'est-à-dire tout ce qui a été exclu expressément ou tacitement. [[C'est ce que l'article 1388 exprime dans les termes qui suivent:

1388. "Chaque époux a le droit de reprendre et prélever "sur les biens de la communauté, lors de sa dissolution, la va-"leur du mobilier qu'il y a apporté lors du mariage ou qui lui "est échu depuis, en sus de ce qu'il s'est obligé d'y faire en-"trer (*b*)."]]

On suit à cet égard les règles de la communauté légale.

---

(1) Voy., en ce sens, MM. Aubry et Rau, t. 5, § 523, p. 464, et §522, p. 453, note 22; Laurent, t. 23, nos 214 et suiv.

(2) Zachariæ, paragraphe 522, note 1.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 260.

(*b*) L'article 1503 du code Napoléon est dans le même sens.

Ainsi, la femme exerce ses reprises avant celles du mari, et même sur les biens personnels de celui-ci, si les biens communs sont insuffisants.

Prélève tout ce qui a été exclu... Mais que prélève chaque époux? *les objets en nature* ou *leur valeur?*

La question est importante, car elle se rattache à celle-ci: La propriété des meubles exclus reste-t-elle à l'époux, ou passe-t-elle à la communauté, sauf récompense?

Dans l'ancien droit, la communauté devenait *propriétaire* des meubles exclus et débitrice *de leur valeur*. De là plusieurs conséquences: 1° le mari pouvait aliéner les biens qui étaient exclus même du chef de sa femme, et il les aliénait non pas comme mandataire de celle-ci, mais comme mandataire de la communauté; 2° les créanceirs de la communauté pouvaient les saisir; 3° tous les biens exclus étaient aux risques et périls de la communauté; 4° l'époux du chef duquel ils étaient tombés dans la communauté ne pouvait pas, à la dissolution de la communauté, en exiger le prélèvement en nature: il n'avait droit qu'au prélèvement de leur valeur (1).

Le code a-t-il admis ce système?

L'article 1388 fournit un argument qui paraît bien concluant en faveur de l'affirmative: cet article autorise, en effet, chaque époux à prélever, comme autrefois, non pas les objets en nature, mais *leur valeur*.

Cependant, on convient généralement que ce texte ne doit pas être appliqué dans tous les cas. On distingue. Il s'applique:

1° Lorsque les meubles exclus sont *fongibles;* la communauté, en sa qualité d'usufruitière, en est devenue propriétaire, puisque le quasi-usufruit emporte toujours l'acquisition des objets qui y sont soumis, sous l'obligation de restituer leur valeur (art. 452 et 1846);

2° Lorsque l'exclusion porte sur des objets individuels non fongibles, qui ont été estimés: car l'estimation vaut vente, ce qui rend la communauté propriétaire des objets et débitrice du prix d'estimation;

3° Lorsque l'exclusion porte sur l'universalité des meubles et que cette universalité a été estimée *in globo,* car ici encore l'estimation vaut vente;

4° Lorsque l'époux a promis une certaine somme, laquelle a été payée avec la masse des meubles estimés *in globo*. C'est par-

(1) Pothier, t. 7. *Communauté*, n° 325.

ticulièrement en vue de cette espèce que l'article 1388 a été fait. Un époux a dit: Je promets 20,000 francs; son mobilier présent a été inventorié et estimé valoir 30,000 francs: les 10,000 francs excédant son apport sont alors exclus. Dans ce cas, les meubles sont considérés comme cédés à la communauté pour la payer de l'apport promis; il y a une espèce de *datio in solutum*. Seulement, si les objets reçus en paiement excèdent l'apport promis, la communauté doit la valeur de l'excédent: la *valeur*, parce qu'ici on ne raisonne plus en présence d'objets considérés individuellement, mais en présence de valeurs, de quantités.

Hors de ces cas, l'époux reste propriétaire des objets exclus. Ainsi, les corps certains exclus individuellement et sans estimation, tous les corps certains faisant partie d'une universalité dont les objets ont été inventoriés, mais sans estimation, continuent d'appartenir à l'époux qui les a exclus; s'ils périssent ou s'ils s'améliorent, c'est pour lui qu'ils périssent ou qu'ils s'améliorent. Quand ils appartiennent à la femme, le mari ne peut les aliéner que dans les limites d'une sage administration, comme administrateur des biens personnels de la femme. Les créanciers de la communauté et du mari ne peuvent pas les saisir; et, à la dissolution de la communauté, ils sont prélevés en nature (1).

[[Cette question qui est aussi importante qu'intéressante n'a été soulevée qu'une fois dans notre jurisprudence, mais les juges se sont également partagés (*a*). Je veux parler de la cause de *Véronneau* v. *Véronneau* (R. J. Q., 3 C. S., p. 199), dans laquelle le jugement du juge Jetté a été infirmé par la cour de revision, Johnson, juge en chef, Davidson et Pagnuelo, JJ., le juge Davidson différant (*b*).

Il s'agissait d'un contrat de mariage antérieur au code civil,

---

(1) MM. Val.; Bug., *sur Poth.*, t. 5. p. 192; Laurent, t. 23, nos 208 et suiv. — Comp. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 522, pp. 455 et suiv.

(*a*) Il est vrai de dire, cependant, que la solution que j'adopte a été affirmée par le juge Tellier, dans une cause récente de *Gingras* v. *Guertin* que je cite plus loin.

(*b*) Je me propose de discuter la question soulevée dans cette cause, comme une question abstraite, indépendamment des circonstances de l'espèce. C'est du reste, ainsi que la question paraît avoir été traitée par les savants juges, qui se sont demandés s'il pouvait y avoir des propres mobiliers sous la clause de réalisation. Il s'agissait, dans l'espèce, du legs d'une somme d'argent, chose fongible de sa nature (M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n° 253). De plus, le contrat de mariage en question était antérieur au code civil. Ces deux considérations peuvent justifier la décision de la cour de revision comme arrêt d'espèce, laissant ouverte la question théorique qui a été principalement discutée.

établissant une communauté d'acquêts entre les futurs conjoints et stipulant que tout ce qui pourrait écheoir à la femme par succession, donation, legs ou autrement, lui sortirait nature de propre, à elle et aux siens de son côté, estoc et ligne. Une somme d'argent étant échue à la femme par le testament de son père, un créancier du mari la fit saisir.

La cour supérieure, Jetté, J., annula la saisie. Le motif invoqué était que la clause de réalisation a pour effet d'exclure de la communauté les choses réalisées, sauf lorsqu'il y a eu estimation ou qu'elles sont de nature à se consommer par l'usage, et que dans tout autre cas l'épouse qui a fait la stipulation conserve la propriété exclusive de la chose réservée propre.

Ce jugement fut infirmé par la cour de revision (Davidson, J., différant), qui a jugé que la stipulation de propre en question n'avait pas l'effet d'empêcher les biens ainsi réservés de tomber dans la communauté, mais qu'elle donnait seulement à la femme le droit, lors de la dissolution de la communauté, de prélever, avant partage, la valeur de ces biens, avec préférence sur ceux qui seraient trouvés en nature; que le mari, comme chef de la communauté, pouvait disposer librement de tous les biens ainsi réservés par la femme, comme biens de la communauté, et que partant ces biens pouvaient être saisis pour dettes du mari ou de la communauté; que dans l'espèce, pour enlever au mari le contrôle de ces biens, la femme aurait dû stipuler le droit exclusif de les administrer ou d'en disposer.

Le rapport de cette cause reproduit les notes du juge en chef sir Francis Johnson et du juge Pagnuelo, mais malheureusement nous n'avons pas les notes des juges Jetté et Davidson, qui étaient d'une opinion contraire. Toutefois, l'étude savante et documentée que le juge Pagnuelo a faite de cette question, renfermant tout ce qu'on peut invoquer en faveur du système adopté par la cour de revision, et les auteurs modernes s'étant à peu près unanimement prononcés pour la thèse défendue par les juges Jetté et Davidson, il me sera possible de faire un sérieux examen de la question, ce dont je ne saurais me dispenser en vue du partage des savants juges qui ont été appelés à la trancher.

La seule question débattue dans la cause de *Véronneau* v. *Véronneau,* c'était de déterminer la signification et l'effet de la stipulation de propre que renfermait le contrat de mariage des époux. Le juge Pagnuelo reconnaissait bien que la femme, en excluant ses meubles de la communauté, pouvait s'en réserver l'administration, mais, ajoutait-il, en l'absence d'une telle stipulation, la loi considère que tous les biens meubles des époux

tombent, malgré leur réalisation, dans la masse de la communauté qui en a la jouissance, et qui devra en remettre la valeur à l'époux lors de la dissolution de la communauté.

Le savant magistrat s'appuie sur l'ancien droit dont il exprime exactement la doctrine, car, comme il le dit, il n'y a jamais eu deux opinions à ce sujet (*a*). D'après les anciens jurisconsultes, la stipulation de propre n'avait, quant aux meubles, d'autre effet que de donner à l'époux une créance à exercer lors de la dissolution de la communauté pour la valeur des meubles réalisés dont la communauté avait eu la propriété et le mari la libre et entière administration.

D'un autre côté, les auteurs modernes et la jurisprudence en France se sont à peu près unanimement (*b*) prononcés en faveur de l'opinion contraire. Ils font la distinction entre les propres mobiliers parfaits et les propres mobiliers imparfaits; les premiers demeurent la propriété de l'époux qui se les a réservés, les seconds tombent dans la communauté, sauf le droit de l'époux d'en réclamer la valeur lors de la dissolution de la communauté.

Ce qui rend la solution difficile pour nous, c'est que les articles de notre code, quant à l'effet de la clause de réalisation, sont copiés sur les articles correspondants du code Napoléon. Nous avons donc à nous demander si, sur l'autorité de l'ancien droit, dont la cour de revision s'est inspirée dans la cause de *Véronneau* v. *Véronneau,* nous devrons rejeter l'interprétation que les maîtres de la science légale et les plus hauts tribunaux en France ont donnée à des articles identiques à ceux que nous devrons nous-mêmes interpréter.

Je crois, avec M. Baudry-Lacantinerie, que si les précédents historiques n'avaient pas fait naître cette question, elle ne se serait guère soulevée en présence des dispositions de notre code. On ne saurait, en effet, imaginer des dispositions moins favorables à la solution de l'ancien droit.

Précisons bien le débat. Il ne s'agit pas de la réalisation tacite, mais de la réalisation expresse, et nous avons à nous demander si, lorsque l'un des époux a *exclu* ses meubles de la communauté, en les réalisant ou en se les stipulant propres, ces meubles deviennent la propriété de la communauté ou celle de l'époux.

(*a*) Je dis *doctrine* de l'ancien droit, car on a invoqué les *raisons* données par les interprètes de ce droit, et notamment par Pothier, pour justifier la distinction que l'on fait aujourd'hui.

(*b*) Les dissidents se recrutent parmi quelques anciens commentateurs du code Napoléon.

J'ai dit que nos articles ne favorisent pas la doctrine qui veut que les meubles réalisés soient toujours des propres imparfaits. Je citerai d'abord ceux qui traitent de la clause de réalisation.

Et d'abord la définition même de la réalisation fait voir qu'il s'agit d'une *exclusion* de la communauté. " Par la clause " de réalisation," dit le premier alinéa de l'article 1385, " les par-" ties *excluent*, de la communauté, pour le tout ou pour partie, " leur mobilier *qui sans cela y tomberait*" (*a*). Pouvait-on dire, en termes moins équivoques, que les meubles réalisés ne tombent pas dans la communauté ? Et s'ils n'y tombent pas, ne s'ensuit-il pas qu'ils demeurent la propriété de l'époux qui les a réalisés ?

Mais on invoque l'article 1388 qui porte que " chaque époux " a le droit de reprendre et prélever sur les biens de la com-" munauté, lors de la dissolution, *la valeur* du mobilier qu'il y " a apporté lors du mariage ou qui lui est échu depuis, *en sus* " *de ce qu'il s'est obligé d'y faire entrer.*" Et on dit que l'époux n'a le droit que de prélever sur les biens de la communauté, lors de sa dissolution, *la valeur* du mobilier réalisé, et qu'il en résulte nécessairement que ce mobilier est tombé, pour la propriété, dans la communauté qui existait entre les époux.

Cet argument ne me paraît pas concluant. L'article 1388 ne se rapporte qu'à la réalisation tacite prévue par le deuxième alinéa de l'article 1385, comme le démontrent les mots "*en sus de ce qu'il s'est obligé d'y faire entrer.*" Le législateur suppose que les époux ou l'un d'eux ont stipulé qu'ils mettraient dans la communauté leurs meubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme ou d'une valeur déterminée, et alors il décrète que, lors de la dissolution de la communauté, chaque époux aura le droit de reprendre, sur les biens de la communauté, la valeur du mobilier qu'il y a apporté, *en sus de ce qu'il s'est obligé d'y faire entrer.* Or, il est certain que la clause de réalisation tacite ne rend pas propres parfaits les meubles réalisés, et il me paraît également certain que la disposition de l'article 1388 ne peut s'appliquer à la réalisation de meubles déterminés.

Mais on invoque d'autres dispositions du code, et, selon l'expression du juge Pagnuelo, toute l'économie de notre droit civil sur le régime des biens entre époux et sur la puissance du

---

(*a*) Je n'ai pas besoin de citer le deuxième alinéa de cet article qui se réfère à la réalisation tacite.

mari sur la personne et les biens de sa femme, pour soutenir que la femme qui s'est réservé propres certains biens meubles, les a cependant confondus avec ceux de la communauté, et ne s'est réservé qu'une créance pour la valeur des biens réservés et un privilège sur les objets qui peuvent encore exister en nature lors de la dissolution de la communauté (*a*). J'examinerai chacun de ces articles, qui ne diffèrent pas, sur le point qui nous occupe, des articles correspondants du code français.

Il y a d'abord l'article 1298 qui donne au mari l'administration de tous les biens personnels de la femme et le droit d'exercer seul toutes les actions mobilières et personnelles qui appartiennent à celle-ci, mais lui défend d'aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement.

Le juge Pagnuelo dit qu'il résulte de cet article que le mari possède virtuellement le droit d'aliéner les biens meubles de sa femme, puisqu'il a l'administration de tous les biens personnels de la femme, des meubles et immeubles, qu il exerce seul toutes les actions mobilières et possessoires de celle-ci, et que le consentement de la femme n'est requis que pour l'aliénation des immeubles.

Je ne dirai pas que c'est là répondre à la question par la question, car je reconnais que le juge Pagnuelo apporte à l'interprétation de l'article 1298 des raisons graves que j'ai discutées, *supra*, p. 228. Mais quand il serait vrai que le mari a le droit, sous le régime de la communauté légale en vue duquel statue l'article 1298, — et sous ce régime les propres mobiliers sont très rares — d'aliéner les propres mobiliers de sa femme, qui tomberaient ainsi dans la communauté, il ne s'ensuivrait pas qu'il aurait le même droit en présence d'une clause expresse excluant ces meubles de la communauté conventionnelle établie entre les époux. La convention des parties l'emporte en ce cas sur les dispositions qui régissent la communauté légale (art. 1257, 1262, 1384), et l'on ne peut invoquer ces dispositions pour restreindre cette convention, ou pour la priver de l'effet que ses termes comportent.

Le juge Pagnuelo cite encore les articles 1416 et 1417, quant à l'exclusion de la communauté. Aux termes de l'article 1416, "la clause portant que les époux se marient sans communauté, "ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens, "ni d'en percevoir les fruits, lesquels sont censés apportés au "mari pour soutenir les charges du mariage." Et l'article 1417

(*a*) Ce privilège, dont parlait Pothier, ne paraît pourtant pas reconnu par notre code (art. 1388, 1994). Comp. M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. 2, n° 1411.

ajoute que " le mari conserve l'administration des biens meubles " et immeubles de la femme, et par suite, le droit de percevoir " tout le mobilier qu'elle apporte en mariage, ou qui lui échoit " pendant sa durée; sauf la restitution qu'il en doit faire " après sa dissolution, ou après la séparation de biens qui sera " prononcée en justice " (*a*).

Je crois que ces deux articles — qu'on a d'ailleurs tort d'isoler des autres articles qui régissent l'exclusion de communauté — font voir que le mari n'acquiert pas la propriété des biens mobiliers de sa femme exclus de la communauté. Il résulte de l'article 1416 que le mari ne jouit que des fruits des biens de sa femme, et bien que l'article 1417 lui donne le droit de percevoir tout le mobilier que sa femme apporte en mariage ou qui lui échoit pendant sa durée, le mari est obligé d'en faire restitution à la dissolution du mariage ou après la séparation de biens qui serait prononcée en justice (*b*). Du reste, les articles qui suivent font la distinction entre les propres mobiliers parfaits et les propres mobiliers imparfaits. Ainsi, aux termes de l'article 1418, si dans le mobilier apporté par la femme, il y a des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, il doit en être joint un état estimatif au contrat de mariage, ou il doit en être fait inventaire lors de l'échéance, et le mari en doit rendre le prix d'après l'estimation. Donc, sous le régime de l'exclusion de communauté, le mari n'a que le droit de jouir du mobilier de la femme, sous l'obligaiton de le restituer à celle-ci, sauf pour les choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, auquel cas le mari en doit rendre le prix d'après l'estimation qui en a été faite. Et l'article 1419 ajoute que le mari a tous les droits et est tenu à toutes les obligations d'un usufruitier.

Après avoir cité les articles 1416 et 1417, le juge Pagnuelo ajoute: " Voilà la doctrine de Pothier, au sujet de l'exclusion " partielle de la communauté, affirmée par le code lorsqu'il se " prononce sur l'exclusion complète de la communauté."

Il me semble que les articles 1416 et 1417 font bien voir que les propres mobiliers parfaits exclus de la communauté, ne peuvent être aliénés par le mari ou saisis sur lui, et que, si ce qui est vrai de l'exclusion complète de la communauté l'est de

---

(*a*) Ces deux articles sont au même effet que les articles 1530 et 1531 du code Napoléon.

(*b*) Pothier, *Communauté*, n° 463, parlant de la clause d'exclusion de communauté, dit que le mari " *n'ayant que le droit de jouir* des biens " de la femme, durant le mariage, il doit, lors de la dissolution du ma- " riage, rendre à la femme ou à ses héritiers *tous les biens* que sa femme " lui a apportés, soit en se mariant, soit durant le mariage."

l'exclusion partielle, on ne saurait douter qu'en cas de réalisation la femme conserve la propriété de son mobilier qu'elle a expressément réalisé.

Je ne crois donc pas qu'il résulte des textes que j'ai rapportés, ni de l'économie de notre droit sur le régime des biens entre époux, que la clause de réalisation expresse n'accorde à la femme qu'une créance à exercer contre la communauté lors de sa dissolution. Je crois, au contraire, que la femme conserve la propriété du mobilier qu'elle a expressément réalisé.

Reste l'argument tiré de l'autorité de l'ancien droit, argument considérable et qui forme la principale difficulté que nous avons à surmonter.

Je ne crois pas, cependant, que cette difficulté soit insurmontable. La raison même donnée par Pothier (*Communauté,* n° 325) nous aidera à la vaincre. " La raison," dit-il, " de cette " différence entre les immeubles réels propres de communauté, " et les meubles réalisés, est que la communauté doit avoir la " jouissance de tous les propres de chacun des conjoints, *ad* " *sustinenda onera matrimonii.* Elle peut avoir la jouissance " de leurs immeubles propres réels, sans que cette jouissance " en consomme le fonds. Il n'est donc pas nécessaire pour " qu'elle ait cette jouissance, qu'elle ait le droit d'aliéner le " fonds; au contraire, les meubles réalisés étant des choses qui " se consomment par l'usage même qu'on en fait, *quæ usu con-* " *sumuntur*, ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle " valeur par un long usage, pour que la communauté en puisse " avoir la jouissance, et pour conserver en même temps au con- " joint qui les a réalisés quelque chose qui lui tienne lieu du " droit de propriété quil a entendu se réserver par la convention " de réalisation, il a été nécessaire d'abandonner à la commu- " nauté ces meubles réalisés, et de laisser au mari, chef de cette " communauté, le droit de les aliéner et d'en disposer, sans quoi " la communauté n'en pourrait avoir la jouissance. Il a fallu aus- " si, pour conserver au conjoint son droit de propriété sur les " meubles qu'il a réalisés, lui donner une créance de reprise de " la valeur des effets réalisés, qu'il aura droit d'exercer contre la " communauté lors de sa dissolution. Ceci est conforme aux " principes de droit sur le quasi-usufruit."

Je crois trouver ici la raison de la distinction entre les propres mobiliers imparfaits et les propres mobiliers parfaits. Les premiers sont ceux qui se consomment ou qui s'altèrent par la jouissance qu'on en fait, les seconds sont ceux dont on peut jouir sans en consommer ou altérer le fonds. Dailleurs les motifs invoqués par Pothier sont inapplicables dans le cas de fonds publics, ou actions dans des compagnies industrielles ou finan-

cières, valeurs mobilières, voire même de rentes constituées ou foncières, qui avaient, sous l'ancien droit, la qualité d'immeubles, mais qui sont aujourd'hui meubles.

On enseigne donc en France que tombent dans la communauté:

Ceux que l'usage détériore rapidement, comme le linge;

Les meubles réalisés qui se consomment par le premier usage;

Ceux encore dont la communauté, eu égard à leur nature et leur destination, ne peut profiter sans les aliéner, comme les produits dune carrière ouverte au cours de cette communauté, un fonds de commerce, etc.

Sur le principe qu'estimation vaut vente, on enseigne également que si le mobilier réalisé a été estimé par le contrat de mariage, ce mobilier tombera dans la communauté, et le conjoint n'aura droit, à la dissolution de cette communauté, qu'au prix porté dans l'état estimatif (*a*).

Les autres meubles réalisés expressément sont la propriété de l'époux qui les a réalisés, et partant sont à ses risques pendant la communauté.

Je suis, pour ma part, d'avis d'admettre ces solutions. Si l'ancien droit nous fournit une raison de douter, la raison de décider, pour moi, ce sont les termes formels des articles que j'ai cités (*b*).

En terminant, je cite une cause de *Gingras* v. *Guertin*, 8 R. de J., p. 143, dans laquelle le juge Tellier a jugé que la clause par laquelle la femme s'était réservé comme propres tant ses biens actuels que ceux qui pourraient lui échoir pendant le mariage par succession, donation, legs ou autrement, avait eu pour effet de conserver à la femme la propriété d'une créance qui lui était due par titre antérieur au mariage; qu'en conséquence la femme avait le droit, à la dissolution de la communauté, de reprendre la créance elle-même, si elle n'avait pas été remboursée, sans qu'il soit nécessaire que les formalités d'un partage de communauté ou d'un autre acte lui attribuant cette créance, aient été remplies (*c*).]]

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. 2, n° 1299.

(*b*) On peut encore invoquer l'article 1846 au titre *De la société* comme fournissant un puissant argument d'analogie.

(*c*) Je crois qu'une créance peut constituer un propre mobilier parfait. Cependant, quand cette créance est payée elle cesse d'exister; il n'y a qu'une somme de deniers, chose fongible de sa nature qui n'est susceptible que d'un quasi-usufruit. Donc si la communauté reçoit le montant de la créance, la femme prélèvera pareille somme à la dissolution de cette communauté. S'il a été fait régulièrmeent emploi de la somme provenant du paiement de la créance, le bien ou les valeurs acquis en remploi seront subrogés à cette créance, et partant seront propres à la femme.

SECTION II. — DE LA CLAUSE D'AMEUBLISSEMENT.

La fortune de l'un des futurs époux est, je le suppose, purement mobilière, tandis que celle de l'autre est purement immobilière. S'ils se marient sous le régime de la communauté légale, la fortune de l'un tombera tout entière dans la communauté, tandis que l'autre conservera la sienne en totalité. L'égalité serait donc blessée. Deux moyens existent pour la rétablir: 1° l'époux dont la fortune est mobilière peut la *réaliser*, en l'excluant de la communauté: chaque époux conserve alors ses biens présents; 2° l'époux dont la fortune est immobilière peut *ameublir* ses immeubles et les faire tomber dans la communauté: chaque époux apporte alors tous ses biens présents à la communauté. Le premier moyen est celui que nous avons appelé [[réalisation]] (voy. *supra*, pp. 343 et suiv.) ; le second s'appelle *ameublissement*. L'*ameublissement* est donc la clause par laquelle les époux font entrer dans la communauté des immeubles qui sont des propres sous le régime de la communauté purement légale (art. 1390) (*a*).

[[Il y a différentes espèces d'ameublissement; il y a des ameublissements *généraux* et des ameublissements *particuliers*. L'article 1391 fait cette distinction:

1391. " L'ameublissement est général ou particulier.

" Il est général, quand les époux déclarent vouloir être communs en tous biens, ou que toutes les successions qui leur adviendront seront communes.

" Il est particulier, lorsqu'ils ont promis seulement d'apporter à la communauté quelques immeubles déterminés (*b*)."]]

L'ameublissement est *déterminé* ou *indéterminé*. [[L'article 1392, qui est une reproduction textuelle de l'article 1506 du code Napoléon, se lit comme suit:

1392. " L'ameublissement peut être déterminé ou indéterminé;

" Il est déterminé, quand l'époux a déclaré ameublir et met-

(*a*) Cet article, semblable à l'article 1505 du code Napoléon, définit comme suit l'ameublissement, qui est usité dans le nouveau droit comme il l'était dans l'ancien:

1390. " La clause d'ameublissement est celle par laquelle les époux ou l'un d'eux, font entrer en communauté tout au partie de leurs immeubles présents ou futurs."

(*b*) Cet article ne se trouve pas au code Napoléon, mais on reconnaît, dans la doctrine, que l'ameublissement peut être, ou bien général, ou bien particulier. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, n° 277.

“ tre en communauté un tel immeuble en tout ou jusqu'à con-
“ currence d'une certaine somme.

“ Il est indéterminé, quand l'époux a simplement déclaré “ avoir apporté en communauté ses immeubles jusqu'à concur- “ rence d'une certaine somme.”]]

L'ameublissement déterminé se subdivise lui-même en deux espèces. Il y a donc, [[sous ce rapport,]] trois sortes d'ameublissement: 1° l'ameublissement déterminé de la première espèce; 2° l'ameublissement déterminé de la seconde espèce; 3° l'ameublissement indéterminé.

1° *Ameublissement déterminé de la première espèce.* — Il existe lorsque tel immeuble ou tels et tels immeubles sont mis dans la communauté d'une manière absolue, c'est-à-dire *sans restriction à une certaine somme.* Exemples: J'ameublis ma maison A, ou bien mes maisons A et B, ou encore les immeubles que j'ai dans tel département.

2° *Ameublissement déterminé de la seconde espèce.* — Il a lieu lorsque tel immeuble ou tels et tels immeubles sont ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Exemples: J'ameublis ma maison A, ou mes maisons A et B, ou encore les immeubles que j'ai dans tel département, *jusqu'à concurrence de 20,000 francs.*

Un époux a dit: J'ameublis tel immeuble jusqu'à concurrence d'un tiers, d'un quart... La loi n'a pas prévu ce cas. Dans quel ameublissement le rangerons-nous? Dans l'ameublissement déterminé de la première espèce: car l'époux a promis à la communauté, non pas une somme à prendre sur l'immeuble, mais une portion indivise de son droit de propriété. La communauté devient propriétaire de cette portion, et se trouve dans l'indivision avec l'époux auteur de l'ameublissement.

3° *Ameublissement indéterminé.* — Il a lieu lorsque tous les immeubles, soit présents, soit futurs, soit présents et futurs, ont été ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Exemple: J'ameublis mes immeubles présents jusqu'à concurrence de 20,000 francs.

La clause par laquelle *les époux* ameubliraient tous leurs immeubles présents et à venir, sans restriction à une certaine somme, se confondrait avec l'établissement d'une communauté universelle (art. 1412).

Mais que dire de la clause par laquelle *l'un des époux seulement,* la femme, par exemple, a déclaré ameublir *tous ses immeubles* sans limitation à une certaine somme? Suivant Demante, cette clause ne serait, comme la précédente, que l'établissement d'une communauté universelle (*Progr.,* t. 3, n° 171).

Marcadé n'y voit, au contraire, qu'un ameublissement déterminé de la première espèce (art. 1509, III). Au reste, quel que soit le parti que l'on prenne, il n'importe: car, dans l'un et l'autre système, la propriété des biens ameublis passe complète et entière à la communauté: le mari peut, non seulemnet les hypothéquer, mais encore les aliéner.

L'ameublissement déroge au droit commun: il faut, en conséquence, l'interpréter restrictivement. Ainsi, cette clause: J'ameublis tous mes immeubles jusqu'à concurrence de 20,000 francs, ne comprendrait pas les immeubles *futurs,* quoique ces termes "*tous mes immeubles*" paraissent embrasser dans leur généralité les biens futurs comme les biens présents (1).

De l'effet de l'ameublissement. — AMEUBLISSEMENT DÉTERMINÉ DE LA PREMIÈRE ESPÈCE. — [[Je cite d'abord les deux premiers alinéas de l'article 1393, qui sont copiés sur les deux alinéas correspondants de l'article 1507 du code Napoléon:

1393. " L'effet de l'ameublissement déterminé est de rendre " l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés biens de " communauté, comme les meubles mêmes.

" Lorsque l'immeuble ou les immeubles de la femme sont " ameublis en totalité, le mari en peut disposer comme des au" tres effets de la communauté et les aliéner totalement."]]

Un époux, la femme, par exemple, a ameubli sa maison A, sans restriction à une certaine somme: quel droit la communauté a-t-elle acquis? —*Un droit de propriété.* De là plusieurs conséquences.

1° L'immeuble est aux risques de la communauté: c'est donc pour elle qu'il périt ou qu'il s'améliore.

2° Le mari peut l'aliéner à titre onéreux, et l'hypothéquer, comme tout autre immeuble de la communauté (*a*).

Aux termes de l'article 1393, l'effet de cet ameublissement est de rendre l'immeuble ou les immeubles ameublis biens de la communauté *comme les meubles mêmes.* Cette formule n'est

---

(1) " On enseigne, dit M. Laurent (t. 23. n° 253), que la clause qui ameublit *tous les immeubles* ne s'applique qu'aux immeubles présents. Nous ne voudrions pas le décider ainsi *a priori;* c'est une question d'intention ".

(*a*) La clause de reprise d'apport, stipulée en faveur de la femme, pour le cas où elle renoncerait à la communauté, ne peut affecter telle aliénation ou hypothèque: conseil privé, *Hamel & Panet*, 2 App. Cas., p. 121, et 3 Q. L. R., p. 173; juge Berthelot, *David* v. *Gagnon*, 14 L. C. R., p. 110. Cependant il a été jugé dans une ancienne cause de *Labrecque* v. *Boucher*, 1 L. C. R., p. 47, que la femme pouvait en ce cas réclamer la valeur de l'immeuble vendu.

pas exacte. Sans doute, l'immeuble ameubli tombe dans la communauté *comme un meuble;* mais, une fois qu'il y est entré, il y conserve sa qualité d'*immeuble* (*a*).

3° L'immeuble, à la dissolution de la communauté, est compris en nature dans le partage et mis dans l'un des lots qui sont tirés au sort. Cependant la loi ayant égard au prix d'affection qu'on attache à un bien de famille, permet à l'époux qui l'a ameubli de le retenir, s'il le préfère, en le précomptant sur sa part. [[Cette faculté de retrait est accordée, dans les termes suivants, par l'article 1395, qui est une copie textuelle de l'article 1509 du code Napoléon:

1395. " L'époux qui a améubli un héritage a, lors du partage, " la faculté de le retenir, en le précomptant sur sa part pour " le prix qu'il vaut alors, et ses héritiers ont le même droit."]] Il se précompte *eu égard à sa valeur actuelle,* car il a été jusque-là aux risques de la communauté.

[[Mais l'article 1395 suppose, dans le cas de la femme, que celle-ci a accepté la communauté, puisqu'il parle de partage. En renonçant à la communauté, la femme abandonne tout droit à l'immeuble qu'elle a ameubli (*b*)."]]

AMEUBLISSEMENT DÉTERMINÉ DE LA DEUXIÈME ESPÈCE. — Un époux, la femme par exemple, a ameubli sa maison A, jusqu'à concurrence de 20,000 francs: quel droit la communauté a-t-elle acquis? *Une créance d'une nature particulière.* — Quel est l'objet de cette créance? Est-ce l'immeuble, est-ce la somme promise? C'est la somme promise.

Mais cette créance n'est pas régie par le droit commun. Un créancier ordinaire a pour gage, non pas tel ou tel bien, mais l'universalité des biens de son débiteur; la créance de la communauté, au contraire, a *uniquement* pour gage l'immeuble ameubli. C'est donc une créance d'une somme à prendre sur tel bien, une créance avec indication du *seul* bien qui est destiné à la payer. De là il suit que l'immeuble ameubli est, jusqu'à un certain point, aux risques de la communauté, bien

---

(*a*) Si l'un des époux décède, l'époux survivant ne peut, pendant la continuation de communauté, hypothéquer la part des enfants dans un immeuble ameubli par le contrat de mariage, vu que cette part est devenue propre naissant des enfants: cour d'appel, *Parent* & *Lalonde*, 15 L. C. J., p. 37.

Si les enfants, après la dissolution de la communauté, ont laissé vendre l'immeuble, ils peuvent réclamer la moitié de sa valeur par droit de communauté: *Nadeau* v. *Dumond*, 2 L. C. R., p. 196.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 273.

qu'elle n'en soit pas devenue *propriétaire*. En effet, si l'immeuble périt, la créance de la communauté s'éteint forcément : car, le seul bien destiné à son acquittement n'existant plus, tout espoir de paiement est perdu. Mais, si l'immeuble a été seulement détérioré, et si ce qui reste est égal en valeur à la somme promise, la communauté ne souffre point de la détérioration.

En résumé, si l'immeuble périt ; c'est la communauté qui souffre ; s'il se détériore, c'est l'époux, et aussi la communauté lorsque ce qui reste de l'immeuble est inférieur à la somme promise.

Ainsi, ameublir tel immeuble jusqu'à concurrence de 20,000 francs, c'est promettre 20,000 francs à prendre sur un certain immeuble qui répond seul de l'acquittement de l'obligation.

Quels sont les pouvoirs du mari sur l'immeuble ainsi ameubli par la femme ? [[Le troisième alinéa de l'article 1393, qui est une copie textuelle du troisième alinéa de l'article 1507 du code Napoléon, répond à cette question :

" Si l'immeuble, dit-il, n'est ameubli que pour une certaine " somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec le consentement de " sa femme ; il peut l'hypothéquer sans ce consentement, mais " jusqu'à concurrence seulement de la portion ameublie (*a*)."]]

Il ne peut pas l'aliéner sans un mandat de la femme : car c'est à elle et non à la communauté qu'il appartient.

Il semble bien, de prime abord, qu'il ne peut pas l'hypothéquer : car celui-là n'a pas capacité pour hypothéquer qui n'a pas capacité pour aliéner (art. 2037). Cependant, afin d'augmenter le crédit du mari, la loi, dérogeant ici au principe de l'article 2037, l'autorise à hypothéquer l'immeuble jusqu'à concurrence de la somme promise.

Ainsi, le droit que la communauté acquiert sur l'immeuble ameubli jusqu'à concurrence d'une certaine somme est assez difficile à qualifier. Sous certains rapports, il se rapproche du droit de propriété, puisque, d'une part, il s'éteint par la perte de l'immeuble, et que, d'autre part, le mari peut hypothéquer l'immeuble. Aussi, la loi le considère-t-elle comme un droit de propriété, puisqu'elle considère comme bien de la communauté l'immeuble ameubli (art. 1393, 1er al.).

(*a*) Plusieurs auteurs (Pothier et Lebrun entre autres) soutenaient, dans l'ancien droit, que le mari pouvait aliéner, sans le consentement de sa femme, l'immeuble qu'elle avait ameubli pour une certaine somme seulement. Mais l'opinion que nos codificateurs ont adoptée, même comme loi en force, avait aussi ses partisans (Mornac entre autres).

Cependant, sous d'autres rapports, ce droit se sépare du droit de propriété, puisque, d'une part, si l'immeuble sur lequel il repose s'améliore, c'est pour l'époux qui l'a ameubli et non pour la communauté, et que, d'autre part, le mari n'a pas le droit de l'aliéner.

Ainsi, c'est moins qu'un droit de propriété, puisqu'il ne donne pas le pouvoir d'aliéner: c'est plus qu'un droit de créance, puisqu'il donne le droit d'hypothéquer. Tout ce qu'on peut dire de lui, c'est qu'il est un droit *sui generis*.

Ameublissement indéterminé. — La femme a dit: J'ameublis tous mes immeubles présents, jusqu'à concurrence de 20,000 francs. Quel droit la communauté a-t-elle acquis? Le même droit que dans l'ameublissement déterminé de la seconde espèce. Le mari peut hypothéquer les immeubles jusqu'à concurrence de la somme promise; mais il ne peut pas les aliéner, si la femme ne lui en donne mandat exprès, conformément à la règle générale de l'article 1703. [[C'est ce qui résulte de l'article 1394, qui est une reproduction de l'article 1508 du code Napoléon, et se lit ainsi:

1394. " L'ameublissement indéterminé ne rend pas la com-" munauté propriétaire des immeubles qui en sont frappés; son " effet se réduit à obliger l'époux qui l'a consenti à compren-" dre dans la masse, lors de la dissolution, quelques-uns de ses " immeubles, jusqu'à concurrence de la somme qu'il a promise.

" Le mari ne peut aliéner en tout ou en partie, sans le con-" sentement de sa femme, les immeubles sur lesquels est établi " l'ameublissement indéterminé, mais il peut les hypothéquer " jusqu'à concurrence de cet ameublissement."]]

Si les immeubles se détériorent ou s'ils s'améliorent, c'est pour l'époux resté propriétaire et non pour la communauté. Lorsque la perte est totale, l'époux perd son droit de propriété, la communauté sa créance; lorsque la perte est partielle, c'est l'époux seulement qui souffre, à moins qu'elle ne réduise la valeur des immeubles au-dessous de la somme promise, auquel cas la communauté est aussi en perte.

L'ameublissement indéterminé ressemble donc à l'ameublissement déterminé de la seconde espèce, soit quant à sa nature, soit quant à ses effets. Seulement, dans l'ameublissement déterminé de la seconde espèce, la créance de la communauté a un gage moins étendu que dans l'ameublissement indéterminé. Dans le premier cas, un seul immeuble ou plusieurs immeubles indiqués limitativement répondent de l'acquittement de la somme due; dans le second, ce n'est pas tel ou tel immeuble, mais

une universalité d'immeubles qui répond de l'acquittement de la dette.

Quelques personnes admettent une seconde différence. Dans l'ameublissement déterminé de la seconde espèce, l'époux, disent-elles, peut s'acquitter en payant la somme d'argent qu'il a promise; dans l'ameublissement indéterminé, l'époux ne peut se libérer qu'au moyen d'une *datio in solutum*, c'est-à-dire en comprenant dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles jusqu'à concurrence de la somme promise. Elles se fondent sur ces mots de l'article 1394: " L'effet de l'ameublissement indéterminé est d'obliger " l'époux qui l'a consenti à comprendre dans la masse, lors de " la dissolution de la communauté, *quelques-uns de ses im-* " *meubles,* jusqu'à concurrence de la somme promise."

Cette différence est contestée. Si l'article 1394 ordonne à l'époux de comprendre dans la masse à partager, et jusqu'à concurrence de la somme promise, quelques-uns de ses immeubles ameublis, c'est qu'il suppose ce qui arrive le plus souvent, savoir: que cet époux n'a pas, au moment de la dissolution de la communauté, les fonds nécessaires à l'acquittement de sa dette. Mais le contraire est possible. Ainsi, le legs d'une somme d'argent, fait sous la condition qu'elle sera propre à l'époux légataire, lui a été payé depuis que la communauté est dissoute: pourquoi n'aurait-il pas le droit d'employer cette somme à s'acquitter envers la communauté? Puisque c'est une somme qu'il lui doit et non un immeuble, n'est-il pas naturel qu'il puisse se libérer en payant une somme?

On ajoute: L'époux dont l'immeuble ameubli en totalité est devenu bien de la communauté peut le reprendre en nature dans son lot, en tenant compte de sa valeur (art. 1395); or, si l'époux est autorisé à reprendre en nature l'immeuble qu'il avait aliéné, à bien plus forte raison doit-il lui être permis de conserver en nature les biens dont il est resté propriétaire (1).

Il ne faut pas confondre la clause par laquelle un époux promet 10,000 francs à la communauté, [[qui est une simple clause d'apport]], avec la clause par laquelle il déclare ameublir un tel immeuble (ou tels et tels immeubles), jusqu'à concurrence de 10,000 francs.

L'une est *restrictive* et l'autre *extensive*. Dans la première, l'époux qui a promis 10,000 francs a, par voie de conséquence,

---

(1) MM. Aubry et Rau, t. 5, § 524, pp. 481 et 482; Laurent, t. 23, n° 285.

exclu de la communauté son mobilier pour tout ce qui excède la somme promise; c'est l'hypothèse de l'exclusion tacite de la communauté (art. 1385. — Voy. *supra,* p. 344). Dans la seconde, tous les meubles de l'époux auteur de l'ameublissement tombent dans la communauté, et, en outre, une somme à prendre sur un de ses immeubles. Dans le premier cas, les 10,000 francs sont à prendre, non pas sur tel bien plutôt que sur tel autre, mais sur la généralité des propres présents et à venir, mobiliers ou immobiliers; dans le second, sur tel immeuble seulement, en sorte que, si cet immeuble périt, la communauté perd sa créance. De plus, le mari ne peut pas, dans le premier cas, hypothéquer les immeubles de la femme; il peut, dans le second, hypothéquer, jusqu'à concurrence de la somme promise, l'immeuble ameubli (1).

SECTION III.— DE LA CLAUSE DE SÉPARATION DES DETTES.

Nous trouvons, sous cette rubrique, trois clauses différentes, mais toutes *restrictives*, au point de vue passif: 1° la clause de *séparation des dettes* (art. 1396) ; 2° la clause d'*apport* d'une certaine somme ou d'un corps certain, emportant tacitement la convention que cet apport n'est pas grevé de dettes antérieures au mariage (art. 1397) ; 3° la clause de *franc et quitte* (art. 1399).

---

(1) On peut consulter sur l'ameublissement le travail publié par M. Haumont dans la *Revue critique de législ. et de jurispr.*, t. 6 (1877). pp. 492 et suiv. L'auteur montre très bien que les rédacteurs du code français n'ont pas fidèlement reproduit la doctrine de Pothier. Pour Pothier, l'ameublissement suppose toujours que, par l'effet du contrat de mariage, la communauté devient propriétaire ou tout au moins créancière d'immeubles. Maintenant, suivant les cas, l'ameublissement est *général* ou *particulier;* à son tour, l'ameublissement particulier peut être *déterminé* ou *indéterminé*. Il ne peut pas y avoir d'ameublissement général indéterminé. Quant à la clause par laquelle l'époux promet à la communauté telle somme à prendre sur tel immeuble, Pothier n'en parle pas, parce qu'il n'y voit pas une véritable cause d'ameublissement.

[[Notre code a conservé la distinction de Pothier entre l'ameublissement général et l'ameublissement particulier (voy. cet auteur, *Communauté*, n° 304). J'ai dit qu'elle est reconnue par la doctrine française quoique le code Napoléon n'en parle point. Il n'y a guère lieu, d'ailleurs, d'insister sur l'ameublissement général Il confère à la communauté la propriété des immeubles sur lesquels il porte, ce qui entraîne la conséquence que ces immeubles sont aux risques de la communauté et que le mari peut les aliéner ou les hypothéquer. Si cet ameublissement est fait par les deux époux et qu'ils s'applique expressément aux biens présents et futurs — car il s'interprète restrictivement — la communauté devient universelle. Ajoutons que l'article 1395 ne s'applique qu'à l'ameublissement particulier.]]

§ I. *Clause de séparation des dettes.*

L'un des futurs époux a 100,000 francs de biens meubles, sans aucune dette, tandis que l'autre a 100,000 francs de biens meubles et 100,000 francs de dettes mobilières: s'ils se mariaient sous la communauté purement légale, l'égalité serait blessée, puisque l'un des époux apporterait un avoir net de 100,000 francs, tandis que l'autre, apportant un actif absorbé par son passif, ne ferait en réalité aucun apport. C'est pour empêcher cet injuste résultat que la loi permet aux époux de stipuler, tout en laissant tomber dans la communauté leur mobilier présent et à venir, que la communauté ne sera pas chargée de leurs dettes ou de celles de l'un d'eux.

Un époux a dit: Je paierai séparément *mes dettes.* Cette exclusion comprend-elle seulement les dettes antérieures au mariage, ou tout à la fois les dettes présentes et les dettes futures? Les dettes présentes seulement: car la clause, étant exceptionnelle, doit s'entendre restrictivement. L'article 1384-3° qui a parlé le premier de cette clause, la restreint expressément aux dettes présentes. Il ne serait pas raisonnable, d'ailleurs, de supposer aux parties l'idée bizarre de stipuler, par exemple, que la communauté, qui acquiert activement les successions mobilières, restera étrangère aux dettes qui les grèvent(1) (*a*).

Des effets de la clause de séparation des dettes, soit a l'égard des époux, soit a l'égard des créanciers. — [[L'article 1396, copié du code Napoléon (art. 1510), et conforme à l'article 222 de la coutume de Paris, expose dans les termes suivants les effets de cette clause:

1396. " La clause par laquelle les époux stipulent qu'ils paie-" ront séparément leurs dettes personnelles, les oblige à se " faire, lors de la dissolution de la communauté, respective-" ment raison des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées " par la communauté, à la décharge de celui des époux qui en " était débiteur.

" Cette obligation est la même, soit qu'il y ait eu inventaire " ou non; mais si le mobilier apporté par les époux n'a pas " été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur

(1) Voy. aussi M. Laurent, t. 23, n° 292.

(*a*) Une condamnation prononcée contre un des époux, depuis le mariage, à raison d'un délit ou quasi-délit antérieur au mariage, tomberait sous le coup d'une clause de séparation des dettes présentes, et il en serait de même d'une dette née d'un contrat conditionnel consenti avant le mariage. M. Baudry-Lacantinerie, n° 283.

" au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre époux peuvent, " sans avoir égard à aucune des distinctions qui sont réclamées, " poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié, " comme sur tous les autres biens de la communauté.

" Les créanciers ont le même droit sur le mobilier qui serait " échu aux époux pendant la communauté, s'il n'a pas été pa- " reillement constaté par un inventaire ou état authentique."]]

1° *Inter conjuges,* l'effet est bien simple : il consiste à faire considérer toutes les dettes antérieures au mariage comme celles qui ne tombent dans la communauté légale qu'à charge de récompense. Ainsi, la dette est-elle acquittée par l'époux débiteur : elle est payée par qui elle devait l'être, et aucune récompense ne lui est due. La communauté paie-t-elle : c'est une avance qu'elle fait et pour laquelle elle a recours contre l'époux débiteur ; recours quant au capital seulement, car les intérêts échus pendant la communauté doivent rester à sa charge puisqu'elle a la jouissance de tous les propres des époux (art. 1398) (*a*). Quant à ceux qui étaient déjà échus avant le mariage, ou qui sont échus depuis la dissolution de la communauté, ils sont traités, à l'égard de celle-ci, comme des capitaux, et récompense lui est due si c'est elle qui les paie.

Tout cela a lieu sans qu'il y ait à distinguer s'il existe ou non un inventaire des meubles apportés dans la communauté par les époux.

2° *A l'égard des créanciers,* l'effet est plus compliqué. Et d'abord la clause peut-elle être opposée aux créanciers de la femme ? Oui et non.

Oui, si le mobilier présent et futur tombé dans la communauté du chef de la femme a été constaté par un inventaire ou un état authentique. Dans ce cas, les créanciers ne peuvent poursuivre la communauté *que jusqu'à concurrence de l'apport de la femme.* Les choses se passent comme si leur débitrice ne s'était pas mariée : son mariage ne leur profite ni ne leur nuit.

Non, dans l'hypothèse contraire. Ils ont alors le droit d'agir comme si la clause de séparation des dettes n'existait pas, et, par conséquent, de poursuivre le paiement de ce qui leur est dû sur tous les biens de la communauté (*b*). La loi autorise la

---

(*a*) Cet article, copié du code Napoléon (art. 1512), se lit ainsi :

1398. " La clause de séparation de dettes n'empêche pas que la com- " munauté ne soit chargée des intérêts et arrérages qui ont couru depuis " le mariage."

(*b*) Juge Berthelot, *McBean* v. *Debartzch,* 5 L. C. J., p. 150 ; juge Tellier, *St-Jean* v. *Gaumont,* 17 R. L., p. 594.

poursuite sur tous les biens: 1° parce que le mari est en faute d'avoir rendu impossible la distinction entre les biens tombés du chef de la femme dans la communauté et les autres biens qui la composent; 2° parce que, d'ailleurs, il est raisonnable de supposer que, si le mari n'a pas fait constater l'apport de la femme, c'est qu'il a reconnu que cet apport était supérieur au passif.

Admettrons-nous le même système à l'égard des créanciers du mari? Il existe sur ce point deux opinions:

PREMIÈRE OPINION. — La clause de séparation des dettes reste, durant la communauté, sans aucun effet à l'égard des créanciers du mari, et il n'y a pas à distinguer s'il existe ou non un acte constatant les meubles tombés de son chef dans la communauté. En effet, le mari peut, tant que dure la communauté, dissiper les biens, les employer à ses plaisirs; il peut même [[les donner, pourvu que ce soit en faveur de personne capable et sans fraude (art. 1292)]]. Si tout cela lui est permis, il peut, à plus forte raison, employer les biens à l'acquittement de ses dettes personnelles (voy. *supra*, p. 178); or, s'il le peut, ses créanciers le peuvent également, en vertu du principe de l'article 1031 (1).

DEUXIÈME OPINION. — Le mari peut, sans doute, employer les biens communs à l'acquittement de ses dettes personnelles, sauf récompense à la communauté; mais cet effet du droit commun est précisément modifié par la clause de séparation des dettes. Ce qui le prouve, c'est que l'article 1396 ne distingue pas les créanciers du mari de ceux de la femme: ce qu'il dit des uns, il le dit des autres. Le mari a, dans l'espèce, renoncé au droit d'employer au paiement de ses dettes antérieures au mariage les biens de la communauté (2).

Au reste, tout le monde convient qu'après la dissolution de la communauté, la femme ne peut pas être poursuivie pour moitié par les créanciers du mari: car, d'une part, la clause de séparation a exclu de la communauté les dettes du mari, et, d'autre part, celui-ci n'a plus le droit de disposer des biens dès que la communauté est dissoute.

(1) MM. Aubry et Rau, t. 5, § 526, p. 487.

(2) M. Bug., *sur Poth.*, t. 7, p. 212; M. Laurent, t. 23, n° 308. [[M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n° 386 et *Contrat de mariage*, t. 2, n° 1360. Cette deuxième opinion me paraît devoir être suivie. Il est vrai que dans l'ancien droit on enseignait généralement le premier système: mais l'article 1396 ne laisse pas place à une telle distinction entre les créanciers du mari et ceux de la femme.

Lorsque la femme a déclaré dans le contrat de mariage qu'elle paierait séparément ses dettes, et que son mobilier a été inventorié, les créanciers peuvent néanmoins, avons-nous dit, poursuivre la communauté jusqu'à concurrence du mobilier qu'elle a reçu du chef de leur débitrice. Ce droit de poursuite réservé aux créanciers de la femme paraît contraire aux principes du droit commun. En effet, si tous les biens d'un débiteur servent de gage à ses créanciers (art. 1980 et 1981), il est également vrai qu'en sortant de son patrimoine (pourvu qu'ils soient aliénés sans fraude) ils sortent en même temps de leur gage. Or, dans l'espèce, le mobilier qu'avait la femme au moment de son mariage ne lui appartient plus, car elle l'a aliéné au profit de la communauté. Comment donc se fait-il que ce mobilier serve encore de gage à ses créanciers?

Cette dérogation au droit commun est fondée sur une considération d'équité: on a pensé qu'il serait injuste de refuser aux créanciers toute action contre la communauté, puisqu'elle a reçu en masse, et en quelque sorte à titre universel, toute la fortune mobilière de la femme. L'équité exigeait qu'elle fût tenue au moins par une espèce d'action *de in rem verso*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du profit qu'elle a fait.

§ II. *Séparation des dettes résultant d'une clause d'apport.*

[[L'article 1397, copié sur l'article 1511 du code Napoléon, s'occupe de cette question. Il se lit comme suit:

1397. " Lorsque les époux apportent dans la communauté " une somme certaine ou un corps déterminé, un tel apport " emporte la convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes " antérieures au mariage, et il doit être fait raison par l'époux " débiteur à l'autre de toutes celles qui diminueraient l'apport " promis."]]

Un époux a dit: Je promets à la communauté telle somme, ou encore, tel corps certain. Par là cet époux se trouve constitué envers la communauté débiteur de l'apport promis. Or, la communauté ne recevrait pas en réalité tout ce qui lui a été promis, si elle était tenue de payer, du chef de l'époux débiteur de l'apport, des dettes qui l'absorberaient en tout ou en partie. Aussi la loi dit-elle que la promesse de tel apport emporte tacitement la clause que la communauté recevra l'apport *sans aucune déduction*. Si donc une dette de l'époux débiteur de l'apport a été payée des deniers communs, il devra récompense du capital, non pas, comme le dit à tort l'article 1397, à l'autre époux, mais à la communauté qui a fait l'avance.

[[Les effets de la clause d'apport, entre les époux, sont les mêmes que ceux de la clause de séparation de dettes.

A l'égard des créanciers, on distingue selon que l'époux a promis d'apporter un corps certain ou une somme d'argent.

Au premier cas, la clause d'apport produit les mêmes effets que la séparation de dettes, car en promettant d'apporter un corps certain à la communauté, l'époux en a implicitement exclu l'universalité de ses meubles, et, partant, les dettes qui sont une charge de cette universalité. Il y a là stipulation virtuelle de séparation de dettes.

Au second cas, la stipulation de l'apport d'une somme d'argent équivaut à la stipulation qui mettrait le mobilier de l'époux dans la communauté jusqu'à concurrence de cette somme. Il s'ensuit que l'universalité mobilière de l'époux entre en communauté avec les dettes mobilières qui en sont une charge. Donc, il n'y a pas, à l'égard des créanciers, séparation de dettes et le recours des créanciers est le même que dans la communauté légale (*a*).]]

§ III. *Clause de franc et quitte.*

Cette clause se présente sous deux faces différentes: 1° un époux peut déclarer lui-même, dans son contrat de mariage, qu'il n'a pas de dettes antérieures au mariage; 2° un ascendant, un parent ou même un étranger, peut intervenir au contrat et déclarer que tel époux n'a pas de dettes antérieures au mariage. [[Ces deux cas sont prévus par l'article 1399, qui s'occupe de la clause de franc et quitte, et qui s'exprime comme suit:

1399. " Lorsque la communauté est poursuivie pour les dettes de l'un des époux, déclaré par contrat franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage, le conjoint a droit à une indemnité, qui se prend soit sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur, soit sur ses biens personnels; et en cas d'insuffisance, cette indemnité peut être poursuivie par voie de garantie contre ceux qui ont fait la déclaration de franc et quitte.

" Cette garantie peut même être exercée par le mari durant la communauté, si la dette provient du chef de la femme; sauf en ce cas le remboursement dû par la femme ou ses hé-

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 289.

“ ritiers au garant, après la dissolution de la communau-
“ té ” (*a*).]]

1er Cas. — *Un époux déclare dans son contrat qu'il n'a pas de dettes antérieures au mariage.*

Cette clause produit les mêmes effets que la séparation des dettes, sauf deux différences:

1° Quand il y a séparation des dettes, la communauté qui les paie n'a droit à récompense que *pour le capital* (voy. *supra,* p. 367). — Ici, au contraire, la communauté qui paie la dette de l'époux déclaré franc et quitte a droit à récompense, non seulement pour le capital, *mais encore pour les intérêts.* En effet, l'article 1398, qui met à la charge de la communauté les intérêts des dettes dont elle fait l'avance, étant placé *après* la clause expresse ou tacite de séparation des dettes et *avant* la clause de franc et quitte, il en résulte bien qu'il ne s'applique qu'à la première. Et cette différence est fort rationnelle. Quand un époux a déclaré n'avoir pas de dettes antérieures au mariage, son conjoint a compté qu'il apporterait à la communauté, *sans aucune déduction,* sa fortune mobilière et la jouissance de ses propres. La communauté doit donc avoir tout ce qu'elle aurait eu si cette déclaration n'eût pas été mensongère: autrement, l'un des époux serait victime de la fraude de l'autre (*b*).

2° La clause de séparation des dettes est opposable aux créanciers lorsqu'il existe un inventaire du mobilier tombé dans la communauté du chef de l'époux dont ils sont créanciers: dans ce cas, ils ne peuvent poursuivre leur paiement que sur le mobilier tombé dans la communauté du chef de leur débiteur (voy. *supra,* p. 367). — La clause de franc et quitte, au contraire, est absolument sans effet à l'égard des créanciers: car l'article 1399 ne dit pas, comme l'article 1396, que la communauté ne sera tenue envers les créanciers de l'époux déclaré franc et quitte que jusqu'à concurrence du mobilier qu'il lui a apporté. Ils peuvent donc la poursuivre sur tous ses biens, quand même il existerait un inventaire du mobilier tombé dans la communauté du chef de leur débiteur. — De là il suit

(*a*) Cet article est copié sur l'article 1513 du code Napoléon, sauf les mots: “ par voie de garantie contre ceux qui ont fait la déclaration de “ franc et quitte.” Le code Napoléon dit. “ par voie de garantie contre “ le père, la mère, l'ascendant ou le tuteur qui l'auraient déclaré franc et “ quitte.” Mais cette énumération n'est pas limitative.

(*b*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, n° 290.

qu'il serait utile de joindre à la clause de franc et quitte une clause expresse de séparation des dettes (1).

2e Cas. — *Un tiers, parent ou non, déclare que tel époux n'a pas de dettes antérieures au mariage.*

Quels sont les effets de cette clause? Les mêmes que ceux qui ont lieu quand la clause émane de l'époux lui-même. Il n'y a de différence qu'au point de vue du recours accordé à l'époux qui souffre de la fausseté de la déclaration.

Dans le premier cas, l'époux qui a fait la fausse déclaration est *seul* tenu d'indemniser son conjoint. — Dans le deuxième, l'époux à qui l'indemnité est due a deux débiteurs: 1° l'époux déclaré franc et quitte, car il a tacitement adhéré à la déclaration; 2° le tiers qui l'a faite.

Si c'est l'époux lui-même qui s'est déclaré franc et quitte, l'indemnité qui est due à l'autre conjoint ne peut être réclamée qu'*à la dissolution de la communauté,* sur les biens personnels de l'époux et sur sa part dans la communauté. L'époux créancier de l'indemnité ne peut pas en poursuivre le paiement tant que la communauté dure, même sur la nue-propriété des propres de son conjoint. Cette prohibition est raisonnable. En effet, si c'est le mari qui est débiteur de l'indemnité, la femme ne peut pas agir: car c'est à la communauté que l'indemnité est due, et l'exercice des actions de la communauté ne lui appartient pas. D'ailleurs, l'exercice de ce recours troublerait la paix du ménage. Cette dernière raison explique pourquoi le mari est aussi obligé d'attendre la dissolution de la communauté pour recourir contre la femme, quand c'est elle qui doit l'indemnité.

Lorsque la femme a été déclarée franche et quitte par un tiers, le mari peut, au contraire, agir, même pendant la communauté, contre le déclarant. S'il est désintéressé par le déclarant, celui-ci a un droit de recours contre la femme qu'il a libérée avec son propre argent; mais il ne peut l'exercer qu'*après la dissolution de la communauté.* Ainsi, il ne peut pas, comme un créancier [[envers qui la femme se serait engagée avant le mariage, poursuivre, pendant la communauté, le paiement de la somme qu'il a remboursée au mari sur les biens propres de la femme.]] Il ne le peut pas, parce que le mari doit avoir, pendant la communauté, tous les avantages que lui assurait la déclaration que la femme n'a pas de dettes antérieures au mariage. Or, quand la femme n'a pas de dettes antérieures au mariage, elle conserve ses propres, ce qui est avantageux pour le mari: car il en a la jouissance et l'adminis-

(1) C'est l'opinion de tous les auteurs. Voy. M. Laurent, t. 23. n° 316.

tration,]] et il serait privé de cet avantage si le déclarant était autorisé à dépouiller la femme de ses biens personnels.

[[Que décider lorsque le mari a été faussement déclaré franc et quitte, et que la femme ne trouvant pas dans la communauté ni dans les biens du mari, à cause du paiement des dettes de celui-ci, un actif suffisant pour lui assurer le paiement de ses droits et reprises, renonce à la communauté? On enseigne que la femme pourra agir contre le garant pour lui réclamer le préjudice qu'elle éprouve. Mais comme elle a renoncé à la communauté, elle n'a pas droit à une indemnité pour la diminution de sa part de communauté (*a*).]]

SECTION IV. — DE LA FACULTÉ ACCORDÉE A LA FEMME DE REPRENDRE SON APPORT FRANC ET QUITTE.

[[L'article 1400, qui pose, dans les termes qui suivent, les règles de cette clause, est copié du code Napoléon (art. 1514), lequel est, lui-même, le résumé de ce que dit Pothier (*Communauté*, nos 391 à 411) :

1400. " La femme peut stipuler qu'en cas de renonciation à " la communauté, elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle y " aura apporté, soit lors du mariage, soit depuis; mais cette " stipulation ne peut s'étendre au delà des choses formellement " exprimées, ni au profit de personnes autres que celles dési- " gnées.

" Ainsi la faculté de reprendre le mobilier que la femme a " apporté lors du mariage, ne s'étend point à celui qui serait " échu pendant le mariage.

" Ainsi la faculté accordée à la femme ne s'étend point aux " enfants; celle accordée à la femme et aux enfants ne s'étend " point aux héritiers ascendants ou collatéraux.

" Dans tous les cas, les apports ne peuvent être repris que " déduction faite des dettes personnelles à la femme et que la " communauté aurait acquittées."]]

La femme mariée sous le régime de la communauté purement légale peut, quand la communauté est dissoute, l'accepter si elle est solvable, ou y renoncer si elle est insolvable. Si elle y renonce, tous les biens qui y sont tombés de son chef restent au mari pour l'aider à supporter le fardeau des dettes. La femme peut donc, en perdant son apport, se soustraire au paiement des dettes, qui restent exclusivement à la charge du mari (art.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 293.

1379 et 1382). Sa position est celle d'un associé commanditaire ou simple bailleur de fonds, qui court la chance de gagner de gros bénéfices, sans être exposé à perdre au delà de sa mise. C'est déjà, comme on voit, une grande faveur. Mais la loi va plus loin : elle permet à la femme d'acquérir une position plus favorable encore, en l'autorisant à stipuler dans son contrat de mariage qu'elle pourra, en cas de renonciation à la communauté, reprendre son apport et laisser au compte de son mari le fardeau des dettes. C'est comme si elle disait : Je serai associée si la communauté prospère ; je ne le serai pas si elle est en perte. Elle court ainsi la chance de gagner, sans courir la chance de perdre.

Mais cette clause, exceptionnelle aux règles de la communauté légale et même aux principes fondamentaux des sociétés ordinaires (art. 1831), doit être interprétée *restrictivement*, soit *quant aux choses*, soit *quant aux personnes*.

Quant aux choses. — " Ainsi, dit la loi, la faculté de reprendre le mobilier que la femme a apporté lors du mariage ne " s'étend point à celui qui lui serait échu pendant le mariage." Cela était inutile à dire : car le doute n'était pas possible, puisque les parties elles-mêmes avaient expressément limité à l'apport présent le bénéfice de la clause.

Mais, si la clause porte que le femme pourra reprendre *ses apports*, le doute est possible : car ces expressions, *ses apports*, sont générales et peuvent s'appliquer, suivant l'intention des parties, soit aux apports présents seulement, soit aux apports présents et à venir. Ce doute était interprété par Pothier contre la femme, et c'est aussi ce qu'il faut décider aujourd'hui (1).

De même, la clause portant que la femme reprendra les biens qu'elle acquerra pendant le mariage à titre de *succession* ne s'étend pas à ceux qu'elle acquiert par *legs* ou par *donation*.

Quant aux personnes. — 1° La femme a stipulé qu'elle reprendrait ses apports. Quoiqu'en général on soit censé stipuler pour soi et pour ses héritiers, le bénéfice de la clause est personnel à la femme. Si donc la communauté est dissoute par son prédécès, ses héritiers pourront accepter la communauté et la partager d'après les règles ordinaires, ou y renoncer en laissant au mari les apports de la femme. Mais si la communauté est dissoute du vivant de la femme, le bénéfice de la clause, s'étant ouvert dans sa personne, passe, comme tout autre droit acquis, à ses héritiers, quels qu'ils soient.

---

(1) *Contrà*. M. Laurent, t. 23, nos 332 et 333.

2° La clause qui a été stipulée pour elle et *ses enfants* ne profite ni à ses ascendants ni à ses collatéraux. Mais elle est utile à ses petits-enfants: car les mots, *ses enfants,* comprennent sa postérité (art. 980).

3° La clause qui a été stipulée pour elle et *ses ascendants* ne profite pas à ses collatéraux.

4° Celle qui a été stipulée pour elle et pour *ses héritiers* ne profite pas à ses héritiers testamentaires (*a*).

La clause qui a été stipulée pour elle et *ses collatéraux* s'étend à ses enfants et à ses ascendants. Il serait, en effet, déraisonnable de supposer que la femme a eu plus d'affection pour ses collatéraux que pour ses enfants et ses ascendants. C'est comme si elle avait dit: *même* pour mes collatéraux (1).

La femme qui reprend son apport actif laisse-t-elle son apport passif à la charge de son mari?—Non: la loi ne va pas jusque-là. Elle la protège, en lui permettant de courir la chance de gagner sans courir la chance de perdre; mais c'eût été blesser l'équité que de lui permettre de stipuler la faculté de s'enrichir aux dépens de son mari. Elle reprend son apport, sans avoir à s'inquiéter des dettes tombées dans la communauté du chef de son mari; mais celles qui y sont tombées de son propre chef restent à sa charge (art. 1400 *in fine*) (*b*).

L'apport ne se reprend point *en nature*, mais en valeur: car les biens qui le composent étaient, en réalité, tombés dans la communauté, qui a pu en disposer. La femme est donc créancière de la communauté, et, par conséquent, colloquée au marc le franc comme les autres créanciers, sauf son hypothèque légale sur les immeubles de son mari (*c*).

---

(1) Voy. M. Laurent, t. 23, nos 329 et 330.

(*a*) C'est ce que les auteurs enseignent en France. Comp. M. Baudry-Lacantinerie, n° 294. Dans la cause d'*Allan & Evans*, 30 *Supreme Court Repts*, p. 416, la cour suprême a interprété le mot " héritier " comme signifiant les légataires. Il s'agissait dans l'espèce de l'interprétation d'un codicille.

(*b*) Toutefois il n'en serait pas ainsi si la stipulation ne portait que sur des objets spécialement désignés. Dans ce cas l'universalité mobilière de la femme reste dans la communauté avec les dettes qui en sont une charge. Cette décision s'appliquerait au cas où la femme aurait stipulé le droit de reprendre une somme d'argent fixée à forfait pour lui tenir lieu des meubles qu'elle avait apportés. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n° 296.

Le même, *Contrat de mariage*, t. 2, n° 1409.

(*c*) Sur cette question, il y a eu, en France, des controverses célèbres qui ont été tranchées par la rétractation, par la cour de cassation, toutes chambres réunies, de sa jurisprudence antérieure. Voy. Sirey, 1858. 1. 9. Cette dernière solution est conforme à l'ancien droit. Voy. les causes citées supra, note (*a*). p. 360.

Section V. — Du préciput conventionnel.

Nous avons vu, article 1361, que les biens communs se partagent par moitié entre les époux et leurs héritiers. Ce principe d'égalité peut être modifié de plusieurs manières, par exemple au moyen d'une clause de *préciput.*

La clause de préciput est celle par laquelle les futurs époux conviennent que la femme ou le mari prendra, sur la masse partageable, *avant partage,* soit une certaine somme, soit une certaine quantité d'objets en nature, soit même tel corps certain (*a*).

Cet avantage peut être stipulé *pour la femme si elle survit,* ou *pour le mari s'il survit,* ou *pour celui des époux qui survivra.* Mais, dans la pratique, c'est presque toujours au profit de la femme qu'il est stipulé.

Le préciput est ordinairement stipulé sous cette condition: *si l'époux préciputaire survit.* Dans ce cas, l'époux venant à prédécéder, le principe d'égalité reçoit son application. Mais le préciput peut être pur et simple: ainsi, la femme peut stipuler pour elle et ses héritiers le droit de prendre, *avant partage,* telle somme, tels objets, par exemple, ses diamants.

Le préciput, consistant dans le droit de prendre *avant partage,* ne peut s'exercer que sur les biens qui composent la masse *partageable.* Le préciput devient donc caduc pour le tout ou pour partie lorsque l'actif partageable est, en tout ou en partie, absorbé par les dettes. De là il suit que la femme ne peut point, en cas d'insuffisance de la masse commune, l'exercer sur les biens personnels du mari; et, comme il n'y a pas de masse à partager quand elle renonce à la communauté, son droit s'éteint forcément par la renonciation.

Cependant la loi lui permet de stipuler, par une clause expresse, qu'elle aurait droit au préciput, *lors même qu'elle renoncerait à la communauté.* C'est alors une créance improprement appelée *préciput,* dont elle peut poursuivre le paiement même sur les biens personnels du mari, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce.

[[Ces règles, exposées dans les termes qui suivent par l'article 1401, sont celles de l'ancien droit, reproduites par l'ar-

---

(*a*) Dans ce dernier cas la clause de préciput devient caduque si le corps certain qui en fait l'objet périt ou est vendu avant la dissolution de la communauté. (voy. *Cahill & Hachette,* 7 R. L., p. 513, cour d'appel, confirmant le jugement du juge MacKay, 6 R. L., p. 532).

ticle 1515 du code Napoléon dont notre article est la copie textuelle:

1401. "La clause par laquelle l'époux survivant est autorisé "à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une "certaine quantité d'effets mobiliers en nature, ne donne droit "à ce prélèvement, au profit de la femme survivante, que lors- "qu'elle accepte la communauté; à moins que le contrat de "mariage ne lui ait réservé ce droit même en renonçant.

"Hors le cas de cette réserve, le préciput ne s'exerce que sur "la masse partageable, et non sur les biens personnels de l'é- "poux prédécédé."]]

L'avantage résultant du préciput n'est point considéré comme une *libéralité* sujette *aux formalités* des donations, mais comme une convention de mariage (*a*).

Quelles sont les formalités dont le préciput est dispensé? — Ce n'est pas l'authenticité, puisque le contrat de mariage ne peut être fait que par-devant notaire (art. 1264) ; ce n'est pas la mention expresse de l'acceptation, car les donations faites en faveur du mariage et dans le contrat même de mariage ne sont pas soumises à cette formalité (art. 788).

[[Pothier (*Communauté,* n° 442) donnait cependant la raison de cette disposition, en disant que le préciput était exempt de la formalité de l'insinuation. Aujourd'hui, l'insinuation est remplacée par l'enregistrement (art. 804). Puisque le préciput n'est pas une donation, les héritiers de l'autre époux ne peuvent l'attaquer pour défaut d'enregistrement du contrat de mariage. Il va sans dire que pour les créanciers, il importe peu que le préciput soit ou non une donation, car il ne peut être réclamé à leur préjudice. En France, le défaut d'inscription d'une donation ne peut être invoqué par les héritiers du donateur, et, pour cette raison, l'article 1516 du code Napoléon n'a point l'effet pratique que possède notre article 1402.]]

Le préciput stipulé sous la condition que l'époux préciputaire survivra à son conjoint s'ouvre lorsqu'il est certain que la condition est réalisée. Mais quand l'est-elle? Quand l'époux qui n'est pas préciputaire meurt avant le conjoint préciputaire. [[C'est du reste ce que porte l'article 1403 en ces termes:

1403. "La mort naturelle donne, de plein droit, ouverture au "préciput."

(*a*) C'est ce que dit l'article 1402, qui est copié sur l'article 1516 du code Napoléon, et qui se lit ainsi:

1402. "Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux "formalités des donations, mais comme une convention de mariage."

L'article ajoute, en deuxième alinéa, ce qui suit :

" Il n'est ouvert par suite de la mort civile, que lorsque cet " effet résulte des termes du contrat de mariage ; et s'il n'y est " rien stipulé, il demeure en suspens entre les mains des repré- " sentants du mort civilement " (*a*).]]

Lorsque les deux époux meurent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître, d'après les circonstances, lequel est décédé le premier, on ne doit pas avoir recours aux présomptions légales admises en matière de succession par les articles 603-605 : car les présomptions légales sont spéciales, et ne s'étendent pas d'un cas à un autre par voie d'interprétation. Ainsi, arrivant cette hypothèse, le préciput stipulé sous la condition de survie est caduc (*b*).

Dans le cas où le préciput a été subordonné à la condition de survie, le préciput ne s'ouvre point par la séparation de corps ou de biens, [[ou par la séparation de biens, à moins de stipulation contraire]] : car, comme on ne sait pas encore lequel des époux survivra à l'autre, la condition du préciput reste nécessairement en suspens. [[En effet, voici comment s'exprime l'article 1404 :

1404. " Lorsque la communauté est dissoute du vivant des " époux par suite de la séparation soit de corps et de biens, " soit de biens seulement, cette dissolution, à moins de stipu- " lation contraire, ne donne ouverture au préciput ni en faveur " de l'un ni en faveur de l'autre des époux. Le droit demeure " en suspens jusqu'à la mort du prédécédant.

" Dans l'intervalle la somme ou la chose qui constitue le " préciput reste provisoirement au mari, contre la succession " duquel la femme peut le réclamer au cas de survie " (*c*).]]

(*a*) Cet article, qui tient lieu de l'article 1517 du code Napoléon, en diffère en ce que ce dernier veut que le préciput soit ouvert, de droit, dans tous les cas, par la mort civile, aussi bien que par la mort naturelle, tandis que notre article, conforme à l'ancien droit, suit la règle déjà énoncée à l'article 36-8°.

(*b*) Comp. *Busby* v. *Ford*, R. J. Q., 3 C. S., p. 270 ; aussi mon tome 3, p. 265.

(*c*) Au sujet de cet article nos codificateurs s'expriment ainsi : " L'ar- " ticle 1404 est substitué à l'article 1518 du code Napoléon, duquel il " diffère sous plusieurs rapports. D'abord, l'article 1518 C. N. répète la " règle adoptée partout dans le code Napoléon que les gains de survie, " dont le préciput fait partie, ne deviennent ouverts qu'à la dissolution " de la communauté, qui arrive par la mort naturelle ou civile seule- " ment ; tandis que le nôtre répète la règle déjà admise, qu'il est loi- " sible aux parties de stipuler que le préciput, comme tout autre gain de " survie, sera exigible à la dissolution de la communauté, de quelque

Bien plus, si la séparation de corps est prononcée contre l'époux préciputaire, le droit au préciput est alors éteint (art. 211), [[ou peut, par la sentence, au cas d'adultère, être déclaré forfait (art. 208) :]] celui qui manque à ses devoirs d'époux n'est pas digne de conserver les avantages que son conjoint lui avait accordés par son contrat de mariage.

L'époux préciputaire, [[dans le cas de séparation de corps et de biens, ou de séparation de biens]], conserve son préciput, *sous la condition qu'il survivra à son conjoint:* en conséquence, les droits des époux sont *provisoirement* liquidés comme s'il n'y avait pas de préciput stipulé. [[La femme préciputaire, en cas de survie, peut réclamer, contre la succession de son mari, son préciput, mais en attendant l'accomplissement de la condition, le mari le retient provisoirement, *pour moitié quand la femme a accepté la communauté, pour le tout quand elle y a renoncé.*— L'article 1404 semble autoriser le mari à retenir le préciput *pour le tout*, soit que la femme accepte, soit qu'elle répudie la communauté. En effet, après avoir dit que l'époux, [[dans le cas de séparation de corps ou de biens,]] conserve son droit à son préciput, il ajoute que [[" *la somme ou la chose qui constitue le préciput reste provisoirement au mari.*"]] Mais ce texte, s'il était pris à la lettre, serait évidemment absurde. Soient un actif net de 10,000 francs et un préciput de 2,000 francs: si la loi est appliquée à la lettre, le mari conservera provisoirement le préciput de 2,000 francs, plus la moitié des 8,000 francs restants; en tout, 6,000 francs. La femme, au contraire, ne recevra actuellement que 4,000 francs. Or, un tel résultat est inadmissible. La femme dira: " Si je survis, j'aurai droit à 6,000 francs; si je prédécède, ma part sera de 5,000 francs. Ainsi, mon pis-aller est de 5,000 francs. Cette somme doit donc m'être délivrée actuellement: car je dois recevoir actuellement tout ce que je suis certaine d'avoir, tout ce qui me reviendra lors même que mon préciput se trouverait être ca-

---

" manière qu'elle arrive, en faveur de l'un ou de l'autre des époux. Une " autre différence, c'est que le code Napoléon ne parle que de la séparation de corps, tandis que pour l'objet en question, la séparation de " biens a le même effet. Une troisième différence consiste dans l'obligation " que le code Napoléon (même article) impose au mari, qui garde le " préciput dans l'intervalle entre la dissolution de la communauté et le " décès du prédécédant, de donner caution pour le montant qui pourra " être dû à la femme en vertu de ce droit. Cette obligation est nouvelle; " elle n'existait pas sous l'ancien droit; elle a paru dure et a été retranchée. La femme, pour ce qui lui est dû à ce titre, court sa chance, " comme elle le fait pour son douaire préfix, qui est absolument dans " la même position et qu'elle ne peut exiger du vivant de son mari."

duc." Ainsi, quand la femme accepte, le mari ne peut provisoirement retenir que la moitié du préciput, c'est-à-dire la portion que la femme n'est pas certaine d'avoir.

Mais, si la femme a stipulé son préciput *même pour le cas où elle renoncerait à la communauté, et qu'elle y renonce,* le mari le retient provisoirement en totalité. C'est à ce cas que se réfèrent les derniers mots de l'article 1404 (1).

La clause de préciput n'est pas opposable aux créanciers de la communauté. Les biens compris dans le préciput faisaient, en effet, partie de la masse commune : le mari a pu, par conséquent, les aliéner, et les créanciers ont pu, et peuvent encore, après la dissolution de la communauté, les saisir, *sauf le recours* de l'époux préciputaire. [[C'est ce que l'article 1405, copié du code Napoléon (art. 1519), énonce dans les termes suivants :

1405. " Les créanciers de la communauté ont toujours le " droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf " le recours de l'époux conformément à l'article 1401."]]

Mais l'article 1401 ne dit rien de ce recours. La difficulté augmente si l'on réfléchit que le préciput ne se prélève que sur l'actif, après les dettes payées, en sorte qu'il devient caduc si l'actif est absorbé par le passif (voy. *supra,* p. 376) : dès lors, aucun recours n'est possible. Qu'a donc voulu dire la loi ? — Il est probable qu'elle a voulu renvoyer à l'hypothèse où la femme s'est réservé le droit de prendre son préciput, même au cas où elle renoncerait. Dans ce cas, en effet, si la femme renonce, le préciput sera pris, non plus sur la masse partageable, puisqu'il n'y a rien à partager, mais sur les biens du mari ; et, si la femme accepte, elle pourra recourir sur les biens personnels de celui-ci, lorsque les biens de la communauté auront été saisis par les créanciers (2).

SECTION VI. — DES CLAUSES PAR LESQUELLES ON ASSIGNE A CHACUN DES ÉPOUX DES PARTS INÉGALES DANS LA COMMUNAUTÉ.

Entre associés ordinaires, le partage des profits et pertes se fait [[également, à moins de stipulation contraire (art. 1848).]]

Chaque époux, [[de même]], prend part égale, sans aucun égard à l'égalité ou à l'inégalité des apports. Mais ce principe

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 5, § 529, p. 501, note 16.

(2) Voy. aussi M. Laurent, t. 23, n° 355.

d'égalité n'est pas de l'essence de la communauté: les futurs époux peuvent donc le modifier.

Nous trouvons ici trois modifications distinctes (art. 1406). [[Cet article, copié du code Napoléon (art. 1520), se lit ainsi:

1406. " Les époux peuvent déroger au partage égal établi par " la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héri- " tiers, dans la communauté, qu'une part moindre que la moi- " tié; soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit " de communauté; soit en stipulant que la communauté en- " tière, en certain cas, appartiendra à l'époux survivant, ou à " l'un d'eux seulement.]]

§ I. *Clause portant que l'un des époux prendra une part plus forte ou moindre que la moitié.*

Exemples: *Le mari, s'il survit, aura droit aux deux tiers de la communauté; — Le mari, s'il survit, n'aura droit qu'à un tiers.* Dans l'un et l'autre cas, si le mari prédécède, la condition à laquelle était subordonnée la dérogation au principe d'égalité étant défaillie, le partage se fait par moitié entre la femme et les héritiers du mari.

Mais, si la clause a été stipulée pour ou contre le mari *et ses héritiers,* peu importe alors que le mari survive ou prédécède: le partage se fait toujours d'après le tarif porté au contrat.

Le même clause peut être stipulée pour ou contre la femme, *si elle survit,* pour ou contre la femme *et ses héritiers.*

Enfin, la clause peut être stipulée pour ou contre *celui des époux qui survivra.* Exemples: l'époux survivant prendra les deux tiers, ou: l'époux survivant ne prendra qu'un tiers.

Au reste, le tarif doit être le même pour l'actif et pour le passif. Ainsi serait nulle la clause portant que tel époux prendra les trois quarts de l'actif et ne supportera que la moitié ou un quart du passif. [[C'est la règle qu'énonce dans les termes suivants l'article1407, qui est copié du code Napoléon (art. 1521):

1407. " Lorsqu'il est stipulé que l'époux ou ses héritiers n'au- " ront qu'une certaine part dans la communauté, comme le " tiers, le quart, l'époux ainsi réduit, ou ses héritiers, ne sup- " portent les dettes de la communauté que proportionnellement " à la part qu'ils prennent dans l'actif.

" La convention est nulle si elle oblige l'époux ainsi réduit " ou ses héritiers à supporter une plus forte part, ou si elle

" dispense de supporter une part dans les dettes égale à celle " qu'ils prennent dans l'actif " (*a*).]]

Il ne faut pas croire que la clause soit nulle seulement en ce sens qu'on établira, nonobstant la déclaration contraire des parties, la corrélation entre les deux tarifs. Les parties n'ont pas fait ce qui leur était permis, et elles ont fait ce qui leur est défendu; or, si leur dérogation est contraire à la loi, elle est comme non avenue, et, si elle est nulle, le droit commun reprend son empire (1).

Mais, pourquoi la loi défend-elle de stipuler que tel époux prendra une part active plus forte que sa part passive? — C'est afin d'empêcher des fraudes ou des avantages indirects. Exemple: le mari a stipulé qu'il aura droit aux trois quarts de l'actif et ne supportera qu'un quart du passif; il achète des biens, et n'en paie pas le prix immédiatement: si la clause était valable, le mari acquerrait les trois quarts de ces biens et ne supporterait qu'un quart du prix: il s'enrichirait donc aux dépens de la femme. Il l'avantagerait *indirectement*, dans la même proportion, si la clause, au lieu d'être stipulée *contre*, était stipulée *pour* elle.

§ II. — *Clause portant que tel époux ne pourra prétendre qu'une certaine somme pour tout droit de communauté.*

[[Je cite d'abord les articles 1408 et 1409, qui reproduisent les articles 1522 et 1523 du code Napoléon, et qui s'occupent de cette clause:

1408. " Lorsqu'il est stipulé que l'un des époux ou ses héri- " tiers ne pourront prétendre qu'une certaine somme, pour tout " droit de communauté, la clause est un forfait qui oblige " l'autre époux, ou ses héritiers, à payer la somme convenue, " soit que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisante " ou non pour acquitter la somme."

1409. " Si la clause établit le forfait à l'égard des héritiers " seulement de l'un des époux, celui-ci, dans le cas où il sur- " vit, a droit au partage légal par moitié."]]

Cette clause peut se présenter sous des aspects fort nombreux. Etudions quelques-unes de ces espèces.

---

(1) M. Laurent, t. 23, n° 365.

(*a*) Cet article est conforme à la doctrine de Pothier. Le second alinéa a souffert quelques difficultés lors des discussions au conseil d'Etat sur l'article 1521 C. N., que notre code reproduit; l'on prétendait que la convention ne devait être nulle que pour l'excédant des charges sur les profits, mais l'avis de Pothier a prévalu, et la nullité pour le tout a été consacrée.

1° *Le mari gardera toute la communauté et paiera 20,000 francs aux héritiers de la femme.* — Dans ce cas, si le mari *prédécède,* la condition à laquelle était subordonnée la dérogation étant défaillie, on reste dans le droit commun, et le partage se fait par moitié. S'il *survit,* la condition est alors accomplie : le mari garde la communauté entière, mais sous l'obligation de payer la somme convenue, *que la communauté soit ou non suffisante pour l'acquitter.* La clause était un forfait, dont chaque époux subit les conséquences bonnes ou mauvaises

Toutefois, la loi ne défend point de donner à cette clause un autre caractère que celui de *forfait.* Ainsi, on peut dire : Le mari, s'il survit, aura le *choix* de garder la communauté, sous l'obligation de payer tant aux héritiers de la femme, ou de partager.

Dans tous les cas, si le mari garde la communauté entière et paie la somme, il supporte toutes les dettes ; et, si les héritiers de la femme sont tenus de payer aux créanciers celles qui étaient tombées dans la communauté du chef de la femme, ils ont recours contre le mari.

2° *La femme, si elle survit, prendra la communauté entière, et paiera 20,000 francs aux héritiers du mari.* — Tout ce qui vient d'être dit sur le 1° s'applique ici, sauf une exception. Dans le premier cas, la clause est un forfait *pour* ou *contre* le mari : si la communauté a prospéré, il oppose le forfait aux héritiers de la femme ; si elle est insuffisante pour acquitter la somme convenue, le forfait lui est opposé par eux. Dans le second cas, au contraire, la clause est bien encore un forfait *pour* mais non pas *contre* la femme. En effet, si la communauté a prospéré, la femme la prend en totalité, et paie la somme convenue aux héritiers du mari, qui sont alors obligés de subir le forfait ; mais, si la communauté est insuffisante pour acquitter la somme convenue, la femme peut ne pas la payer, en abandonnant la communauté aux héritiers du mari : car *elle a toujours le droit de renoncer,* et aucune clause du contrat ne peut porter atteinte à ce droit (art. 1338, 1410).

3° *Celui des deux époux qui survivra prendra la communauté entière et paiera tant aux héritiers* DU PRÉDÉCÉDÉ. — Appliquez ici les règles du premier cas, si le mari survit ; du second cas, s'il prédécède.

4° *La communauté entière restera au mari ou à ses héritiers, sauf à payer tant à la femme ou à ses héritiers.* — Peu importe alors que le mari survive ou prédécède, car la clause

prévoit et règle les deux hypothèses. Même observation pour le cas où il a été dit: La communauté entière appartiendra à la femme ou à ses héritiers, sauf à payer tant au mari ou à ses héritiers.

5° Enfin, si le forfait n'a été établi qu'à l'égard des héritiers de l'époux, celui-ci, dans le cas où il survit, a droit au partage par moitié.

§ III. *Clause portant que la communauté appartiendra en totalité à tel époux.*

[[L'article 1410, copié du code Napoléon (art. 1524), prévoit cette clause. Il se lit comme suit:

1410. " Le mari ou ses héritiers, qui retiennent, en vertu de " la clause énoncée en l'article 1406, la totalité de la commu- " nauté, sont obligés d'en acquitter toutes les dettes. Les créan- " ciers n'ont, en ce cas, aucune action contre la femme ni con- " tre ses héritiers.

" Si c'est la femme survivante qui a, moyennant une somme " convenue, le droit de retenir toute la communauté contre les " héritiers du mari, elle a le choix ou de leur payer cette som- " me en demeurant obligée à toutes les dettes, ou de renoncer " à la communauté et d'en abandonner aux héritiers du mari " les biens et les charges."]]

Exemples: le mari, s'il survit, ou la femme si elle survit, ou bien encore celui des époux qui survivra, prendra la communauté entière.

Si la clause a été stipulée au profit du mari, elle est obligatoire *pour* ou *contre* lui, que la communauté soit bonne ou mauvaise. Si elle a été stipulée au profit de la femme, elle est bien obligatoire *pour,* mais non pas *contre* elle: car, si la communauté est insolvable, la femme peut, en y renonçant, la laisser à son mari, aucune clause ne pouvant porter atteinte au droit qu'elle a de renoncer (art. 1338).

— L'époux qui prend la communauté entière est néanmoins tenu de restituer à l'époux ou à ses héritiers tous les biens tombés dans la communauté du chef de cet époux. [[Cette règle est énoncée à l'article 1411, qui se lit ainsi qu'il suit:

1411. " Lorsque les époux stipulent que la totalité de la com- " munauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seule- " ment, les héritiers de l'autre ont droit de faire reprise des ap- " ports tombés dans la communauté du chef de leur auteur.

" Cette stipulation n'est qu'une simple convention de maria-

" ge et non une donation sujette aux règles et formalités appli-
" cables à cette espèce d'acte" (*a*).]]

Cette clause, quoique très avantageuse pour l'époux au profit duquel elle a été stipulée, ne constitue une donation ni quant aux formes ni quant au fond: on la considère comme une clause d'un contrat à titre onéreux (*b*).

Mais, n'est-elle pas exclusive de toute idée de communauté? Que reste-t-il donc de la communauté légale? L'espoir d'acquérir les profits tombés dans la communauté! — La clause a-t-elle été stipulée au profit de celui qui survivra: chacun a l'espoir de gagner tous les profits que fera la communauté. L'a-t-elle été au profit de l'un des époux nommément, par exemple au profit du mari *s'il survit:* la femme conserve la chance de partager la communauté, si elle survit à son mari. Dans l'un et l'autre cas, chaque époux est intéressé à la prospérité de la communauté: il y a entre eux un intérêt commun, un intérêt d'associé.

Quant à la clause portant que la communauté appartiendra à tel époux, *survivant ou non*, c'est-à-dire *à un tel époux ou à ses héritiers,* elle serait exclusive de toute idée de communauté: car l'autre époux, n'ayant alors aucun espoir de prendre part aux économies, aux profits faits pendant le mariage, serait complètement indifférent à la prospérité du ménage. La clause ne serait pas nulle; mais, au lieu d'une modification de la communauté légale, nous aurions alors un régime exclusif de la communauté. Aussi l'article 1411 suppose-t-il toujours que la clause a été stipulée au profit de tel époux, *s'il survit,* ou de celui des époux *qui survivra.*

[[Il y a quelque difficulté, et il y a eu, en France, quelque controverse quant à la réserve de faire reprise des apports tombés dans la communauté du chef de l'époux contre qui la clause

---

(*a*) Cet article est semblable, quant à son effet, à l'article 1411 du code Napoléon. Ce dernier dit qu' "*il est permis aux époux de stipuler*" la clause en question; cette déclaration n'était pas ici nécessaire, car notre article 1406, comme d'ailleurs l'article 1520 C. N., qui lui correspond, contient déjà cette permission. Notre article omet aussi de dire que la clause n'est pas réputée donation *soit quant au fond, soit quant à la forme;* l'article du code Napoléon se sert de ces expressions, qui n'ajoutent rien à l'idée.

(*b*) Voy. *Franchère* v. *Bouthillier*, 3 R. de J., p. 256, Sicotte, J. Il en serait de même d'une stipulation universelle d'usufruit en faveur du conjoint survivant, bien que cette stipulation soit désignée comme donation dans le contrat de mariage: — juge Archibald, *Huot* v. *Bienvenu*, R. J. Q., 21 C. S., p. 341 (cette cause est maintenant pendante en appel.)

d'attribution totale de la communauté a été stipulée. On reconnaît que la stipulation qui attribue à l'un des époux la totalité de la communauté, n'a pas le caractère d'une donation lorsqu'elle ne porte que sur les bénéfices de la communauté (*a*).

Mais y aurait-il libéralité si la stipulation comprenait même les apports du prémourant? Plusieurs auteurs le soutiennent, et telle était également la jurisprudence de la cour de cassation jusqu'à ces années dernières. Mais cette cour a rétracté sa jurisprudence antérieure, par un arrêt solennel prononcé toutes chambres réunies, le 19 décembre 1890 (*b*).

Cet arrêt juge qu'en disposant que la clause qui attribue la totalité de la communauté au survivant des époux ou à l'un d'eux seulement n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, mais simplement une convention de mariage et entre associés, et en refusant ainsi le caractère de donation à celle des clauses de partage inégal qui est la plus favorable à l'époux survivant, la loi a, à plus forte raison, dénié ce caractère aux stipulations qui n'abandonnent à cet époux qu'une partie de la communauté; que spécialement si, dans leur contrat de mariage, deux époux conviennent que les biens de la communauté établie entre eux seront partagés par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé, et que le survivant conservera, sauf le cas de convol en secondes noces, l'usufruit et jouissance viagère de la moitié revenant aux héritiers du prédécédé, celle clause constitue une simple convention de mariage; qu'il importe peu que la communauté, sur laquelle s'exerce l'usufruit du survivant, comprenne une somme prise en partie sur l'apport du prédécédé, et dont la reprise n'a pas été réservée aux héritiers de ce conjoint.

Mais la cour de cassation est allée encore plus loin, ou plutôt à exprimé plus nettement sa pensée dans son arrêt du 2 août 1899 (*c*). Le sommaire de cette décision est donné comme suit:

" Au cas de stipulation dans un contrat de mariage que la " totalité de la communauté appartiendra au survivant des " époux ou à l'un d'eux seulement, stipulation qui n'est pas " réputée, d'après la loi, un avantage sujet aux règles rela-

---

(*a*) L. et A. Mérignhac, *Communauté*, t. 2, n° 3226; ce sont les auteurs de l'article sur la Communauté conjugale dans le Répertoire de Fuzier Herman, que l'on pourra consulter au même numéro.

(*b*) Sirey 1891. 1. 129; Dalloz 1891. 1. 417. Pour l'historique de cet arrêt, consultez M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. 2, n° 1449.

(*c*) Sirey, 1900. 1. 233.

"tives aux donations, mais simplement une convention de "mariage et entre associés, la faculté réservée par la loi aux "héritiers de l'époux prédécédé de reprendre les apports et "capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur, "est édictée par interprétation de la volonté des contractants "et suppose que le contrat de mariage n'est pas expliqué à cet "égard; mais dans l'hypothèse d'une prohibition expresse de "cette reprise, la clause d'attribution totale de la communauté "ne cesse pas d'être une convention de mariage et, par suite, "n'est pas réputée un avantage sujet aux règles relatives aux "donations."

Il est difficile, *a priori*, de formuler sur ces questions une règle absolue et invariable. Bien souvent, la solution dépendra des circonstances de l'espèce. Je puis ajouter que nos tribunaux ne se sont pas prononcés sur la question.]]

SECTION VII. — DE LA COMMUNAUTÉ A TITRE UNIVERSEL.

La clause par laquelle des associés ordinaires conviennent que leurs biens à venir tomberont *en toute propriété* dans l'actif de la société est prohibée [[implicitement]] par l'article 1859; entre époux, elle est permise. [[Cette permission résulte de l'article 1412, qui est copié du code Napoléon (art. 1526), et qui se lit ainsi:

1412. "Les époux peuvent établir par leur contrat de ma-"riage une communauté universelle de leurs biens, tant meu-"bles qu'immeubles, présents et à venir, ou de tous leurs biens "présents seulement, ou de tous leurs biens à venir seule-"ment."]]

Les futurs conjoints peuvent mettre en commun, en outre des biens mobiliers qui tombent dans la communauté légale, soit tous leurs meubles présents et à venir, soit tous leurs immeubles présents, soit tous leurs immeubles à venir.

[[Mais la clause qui établit une communauté universelle sera interprétée restrictivement. Ainsi, si les époux conviennent de mettre dans la communauté tous leurs biens, cette clause, à moins d'une indication contraire au contrat, ne comprendra que leurs biens présents (*a*).

Règle générale, la stipulation établissant une communauté universelle ne constitue qu'une simple convention de mariage et non pas une donation. Il en sera autrement si les circons-

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 322.

tances du fait démontrent que les époux ont voulu, par cette clause, déguiser une libéralité. Ainsi, si un homme très riche en propriétés immobilières épouse une femme très pauvre, ou si l'un des époux met tous ses biens dans la communauté, alors que l'autre époux en exclut les siens, la convention sera valable, mais elle sera considérée comme une donation. — Le cas s'est présenté en France (*a*).]]

Les époux qui ont fait tomber dans la communauté *tous leurs biens présents et futurs* auront rarement des biens et des dettes personnels. Cependant ils peuvent en avoir. Ainsi, les biens qui leur sont donnés ou légués sous la condition qu'ils ne tomberont pas dans la communauté leur restent propres, comme sous le régime de la communauté légale; les dettes relatives à ces mêmes biens sont également personnelles.

Dispositions communes aux sept sections ci-dessus.

[[Art. 1413. " Ce qui est dit aux articles ci-dessus ne limite " pas à leurs dispositions précises les stipulations dont est sus- " ceptible la communauté conventionnelle.

" Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi " qu'il est dit aux articles 1257 et 1384 " (*b*).

L'article 1414, copié du code Napoléon (art. 1528), ajoute ce qui suit:

1414. " La communauté conventionnelle reste soumise aux " règles de la communauté légale, pour tous les cas où il n'y a " pas été dérogé implicitement ou explicitement par le con- " trat."]]

SECTION VIII. — DES CONVENTIONS EXCLUSIVES DE LA COMMUNAUTÉ.

Nous trouvons sous cette rubrique deux régimes particuliers: le régime *sans communauté* et le régime *de la séparation de biens* (*c*).

(*a*) Voy. Sirey, 1900. 1. 179. Comp. Fuzier-Herman sur l'art. 1526 C. N., n° 2.

(*b*) Cet article, qui est au même effet que l'article 1527 du code Napoléon, n'est que la répétition de ce qui a déjà été dit aux articles 1257, 1262, et 1384.

(*c*) L'article 1415 se lit ainsi.

1415. " Lorsque les époux déclarent qu'ils se marient sans commu-

Ces deux régimes se séparent l'un de l'autre par des différences essentielles. Le code les a compris dans un même paragraphe, probablement parce qu'ils ont l'un et l'autre pour effet d'exclure la communauté.

Mais comment se fait-il qu'ils soient présentés comme des modifications de la communauté légale? Quel motif a pu déterminer le législateur à comprendre dans un chapitre intitulé: *De la communauté,* des conventions *entièrement exclusives de la communauté?* — Cette classification peu rationnelle s'explique historiquement. Les rédacteurs du code, qui copiaient Pothier, ont voulu comprendre dans un même chapitre tous les régimes appartenant au même système de législation, c'est-à-dire toutes les conventions coutumières (voy. *supra,* p. 134).

§ I. *De la clause portant que les époux se marient sans communauté.*

Sous ce régime, le mari est chargé de pourvoir aux besoins du ménage, à l'entretien de la femme et des enfants, et à l'éducation de ces derniers; mais, pour l'aider à supporter ces charges, la femme lui donne mandat de percevoir tous ses revenus, et d'administrer ses biens afin de les rendre plus productifs. [[C'est ce que l'article 1416, copié du code Napoléon (art. 1530), expose dans les termes qui suivent:

1416. " La clause portant que les époux se marient sans com-
" munauté ne donne point à la femme le droit d'administrer
" ses biens, ni d'en percevoir les fruits, lesquels sont censés ap-
" portés au mari pour soutenir les charges du mariage."]]

Ce régime produit donc deux effets seulement. Il transporte au mari: 1° le droit de percevoir tous les revenus de la femme; 2° le droit d'administrer ses biens.

[[Voici ce que dit l'article 1417, conforme à l'article 1531 du code Napoléon, au sujet de l'administration des biens de la femme:

1417. " Le mari conserve l'administration des biens meubles
" et immeubles de la femme, et par suite, le droit de percevoir
" tout le mobilier qu'elle apporte en mariage, ou qui lui échoit
" pendant sa durée; sauf la restitution qu'il en doit faire

" nauté, ou qu'ils seront séparés de biens, les effets de ces stipulations
" sont comme il suit."

Cet article, purement introductif à ce qui va suivre, est semblable à l'article 1529 du code Napoléon, sauf ce qui, dans ce dernier, est relatif au régime dotal, qui n'est pas reconnu dans notre droit.

" après sa dissolution, ou après la séparation de biens qui sera " prononcée en justice."]]

Il ne s'établit entre les époux aucune société de biens : leurs dettes sont séparées, et chacun reste propriétaire de tous ses biens présents et à venir. Toutefois, les revenus de la femme appartiennent au mari, ainsi que les acquisitions faites avec les économies réalisées sur eux. Mais, en sa qualité *d'usufruitier universel* (*a*), il supporte tout ce qui est charge naturelle des fruits, par exemple, les intérêts des dettes, les réparations d'entretien.

Si la femme trouve un trésor, le mari en devient non pas propriétaire, mais usufruitier. En effet, il n'acquiert en pleine propriété que les fruits naturels ou civils provenant des biens de la femme; or, le trésor n'est pas un fruit.

Que décider des fruits provenant du travail et de l'industrie de la femme? Le mari en devient-il propriétaire ou simplement usufruitier? — Le travail de la femme est un capital, et ce qu'elle gagne au jour le jour est un fruit civil : le mari l'acquiert donc en pleine propriété (1).

Mais *quid* si, dans ses moments de loisir, la femme fait un tableau, une œuvre de musique? — Au point de vue de l'économie politique, il faudrait dire encore que le mari en devient propriétaire : car tout produit d'un capital est un fruit. Mais, comme les rédacteurs du code ne se sont pas occupés d'idées économiques, et qu'ils ont entendu le mot *fruit* dans un sens restreint (*produit périodique*), le tableau ou toute œuvre d'art faite par la femme pour se distraire dans ses moments perdus lui reste en propriété, et le mari n'en a que l'usufruit.

De même, il n'a droit qu'à l'usufruit des capitaux dont elle bénéficie par suite d'opérations commerciales dans lesquelles elle a engagé une portion de ses biens. Dans ce cas, en effet, le bénéfice qu'elle fait n'est plus un produit quotidien, un fruit, mais l'équivalent du danger qu'elle court de perdre ses capitaux (2).

---

(1) Voy. aussi M. Laurent, t. 23, n° 433; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 333.]] — *Contrà;* M. Demolombe, *Du mariage et de la séparation de corps*, t. 2, nos 314 et suiv.; MM. Aubry et Rau,, t. 5, § 531, p. 515, note 18.

(2) *Contrà*, M. Laurent, t. 23, n° 433.

(*a*) L'article 1419 s'exprime ainsi:
1419. " Le mari a, à l'égard de ces biens, tous les droits, et est tenu à " toutes les obligations de l'usufruitier."
L'article 1533 du code Napoléon, est moins explicite. il dit simplement que " le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit."

Les époux peuvent convenir que la femme sera autorisée à toucher, sur ses seules quittances, [[ses revenus en tout ou en partie. C'est ce qui résulte de l'article 1420, qui s'exprime comme suit :

1420. " La clause portant que les époux se marient sous com-" munauté, ne fait point obstacle à ce qu'il soit convenu que " la femme touchera sur ses seules quittances ses revenus en " tout ou en partie, pour son entretien et ses besoins person-" nels " (*a*).]]

La loi, afin de prévenir toute espèce de doute, prend soin de dire que, sous le régime sans communauté, les immeubles [[de la femme]] sont *aliénables* (*b*) : la femme peut donc les aliéner, *en toute propriété*, avec l'autorisation de son mari, *en nue-propriété seulement*, avec l'autorisation de justice.

Les biens de la femme lui sont restitués lors de la dissolution du mariage, lors de la séparation de corps ou de biens (art. 1417).

— La restitution se fait en nature quant aux biens dont la femme est restée propriétaire, en valeur quant à ceux dont le mari est devenu propriétaire. Le mari, en sa qualité d'usufruitier, est devenu propriétaire de toutes les choses fongibles, sous l'obligation de restituer, soit leur valeur en argent, s'il existe un état estimatif de ces choses, soit, à défaut de cet état, des objets de même quantité, qualité et valeur (*c*).

(*a*) L'article 1534 du code Napoléon, correspondant, dit " touchera " *annuellement*, sur ses seules quittances, *certaines portions* de ses " revenus."

(*b*) Voici en effet comment s'exprime l'article 1421 :

1421. " Les immeubles de la femme exclus de la communauté, dans " les cas des articles précédents, ne sont point inaliénables.

" Néanmoins ils ne peuvent point être aliénés sans le consentement du " mari, et à son refus, sans l'autorisation de la justice."

L'article 1535 du code Napoléon, correspondant, est semblable, sauf les mots " immeubles constitués en dot ", qu'il emploie, au lieu des termes plus généraux " immeubles de la femme ", qu'emploie notre article. Ajoutons que sous le code français, il pouvait y avoir un doute, qui n'existe pas dans notre droit, à cause de l'inaliénabilité des immeubles dotaux sous le régime dotal.

(*c*) A l'égard des choses fongibles, l'article 1418, copié du code Napoléon (art. 1532), exprime la règle qui suit :

1418. " Si dans le mobilier apporté par la femme en mariage, ou qui " lui échoit pendant sa durée, il y a des choses dont on ne peut faire " usage sans les consommer, il en doit être joint un état estimatif au " contrat de mariage, ou il doit en être fait inventaire lors de l'échéance, " et le mari en doit rendre le prix d'après l'estimation."

Quant aux meubles, corps certains, le mari a dû en faire dresser un inventaire. Si l'inventaire est tout à la fois *descriptif* et *estimatif,* l'estimation qui en est faite vaut vente au profit du mari, qui, par conséquent, devient propriétaire sous l'obligation de payer le prix. Si l'inventaire est simplement *descriptif,* la femme reste propriétaire, et le mari doit alors restituer les objets en nature, dans l'état où ils se trouvent au moment de la restitution, pourvu qu'ils ne soient pas détériorés par sa faute (*a*).

[[Les règles que le code pose quant au régime sans communauté sont peu nombreuses et laissent sans explication bien des lacunes. Pour y suppléer il faut avoir recours aux principes de la communauté, *mutatis mutandis.* C'est ce qu'on décide en France où il existe un régime de plus, le régime dotal.]]

§ II. *De la clause de séparation de biens.*

[[Il ne faut pas absolument confondre le régime qui résulte de la stipulation de séparation de biens dans un contrat de mariage avec celui qui a lieu par l'effet du jugement de séparation de biens qui met fin à la communauté légale ou conventionnelle qui existait entre les époux. Il est vrai que les deux régimes présentent de très grandes analogies et qu'ils sont en général régis par les mêmes règles. Cependant des différences existent que j'aurai l'occasion de noter plus loin.

La clause de séparation de biens, disent les auteurs, se rencontre assez rarement en France ; ici elle est d'un usage de plus en plus fréquent. Il convient donc de donner à cette matière plus de développement que ne lui apportent les traités élémentaires publiés en France. Toutefois je serai aussi concis que possible, me restreignant bien entendu à la séparation de biens conventionnelle.

I. De l'établissement du régime de la séparation de biens. — Ce n'est, bien entendu, que par le contrat de mariage que ce régime peut être stipulé. Il n'y a d'ailleurs pour cela aucune formule sacramentelle. Cependant, il ne suffirait pas d'exclure la communauté, car alors on tomberait sous le régime d'exclu-

---

(*a*) Le juge Casault, dans la cause de l'*Hôpital général* v. *Gingras,* 10 Q. L. R., p. 230, a décidé que, dans le cas de non-communauté, les meubles de la femme qui ne sont pas fongibles continuent d'appartenir à la femme, et ne peuvent être aliénés par le mari ni saisis par ses créanciers (*Contrà,* juge Stuart, *Vézina* v. *Denis,* 14 L. C. R., p. 415.)

sion de communauté qui diffère essentiellement de la séparation de biens. Il faut de plus que la convention enlève au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme (*a*), car, sous la séparation de biens, cette administration et cette jouissance appartiennent à celle-ci (art. 1422).

On enseigne, en France, que, dans le doute de savoir si les époux ont entendu stipuler l'exclusion de communauté ou la séparation de biens, on optera en faveur du premier régime comme s'éloignant moins du droit commun (*b*). Toutefois, si on tient compte de l'usage, plutôt que des présomptions qui peuvent se rattacher, mais de très loin, à l'article 1260, il me semble que le régime de la séparation de biens devrait avoir la préférence, car, dans nos mœurs, les deux régimes dont se préoccupent les futurs époux, au moment de faire rédiger leurs conventions matrimoniales, et entre lesquels doit s'exercer leur choix, sont la communauté d'un côté et la séparation de biens de l'autre, le régime d'exclusion de communauté étant d'un usage très rare.

Les époux peuvent-ils stipuler la séparation de biens pour certains biens, comme les immeubles qu'ils acquerront, et la communauté pour les autres? Je crois que l'affirmative résulte du texte très général des art. 1257 et 1384 (*c*).

II. De la jouissance des biens de la femme et de sa contribution aux charges du mariage. — Puisque les époux ont stipulé la séparation de biens, il s'ensuit que chacun d'eux a l'administration et la jouissance des biens qui lui appartiennent, sans que l'autre puisse entraver ce droit qui est indépendant du sien. Mais cette liberté de part et d'autre n'empêche pas que les époux ne soient l'un et l'autre obligés de contribuer aux charges du ménage. Ce sont les règles de cette jouissance d'un côté et de cette contribution de l'autre que nous allons maintenant étudier.

1° *Droit de jouissance de la femme.* — L'article 1422 pose ce principe de liberté quant à la femme (il n'était pas besoin de l'établir à l'égard du mari) en les termes qui suivent:

1422. " Lorsque les époux ont stipulé, par leur contrat de " mariage, qu'ils seront séparés de biens, la femme conserve l'en-

---

(*a*) *Wilson* v. *Pariseau*, 1 L. C. J., p. 164.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. 3, n° 1480.

(*c*) Pothier (*Communauté*, n° 466) admet que la séparation de biens peut être partielle.

"tière administration de ses biens meubles et immeubles et la "libre jouissance de ses revenus" (*a*).

Ce sont des pouvoirs d'administration que ce texte confère à la femme (*b*), mais il s'agit d'une administration très large. Aux termes des articles 176 et 177, la femme séparée de biens peut ester en justice, sans l'autorisation de son mari, dans les cas seulement où il s'agit de *simple administration,* et elle peut faire seule tous les actes et contrats qui concernent l'administration de ses biens. Et d'après l'article 1318, qui statue en vue de la séparation judiciaire, "la femme séparée soit de "corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre "administration. Elle peut disposer de son mobilier et l'alié- "ner. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement "du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus."

On constate une gradation évidente dans les articles que je viens de citer. A l'article 176 il n'est question que de simple administration, et de l'administration sans qualificatif à l'article 177. Au contraire, d'après l'article 1318 cette administration est *libre,* elle est *entière* aux termes de l'article 1422, et l'article 1318 permet même à la femme de disposer de son mobilier et de l'aliéner. Quelle est la règle que nous devons suivre pour établir la capacité de la femme séparée de biens?

J'ai déjà touché à cette question en rapportant la dissertation très remarquable du juge Jetté dans la cause de *Lamontagne* v. *Lamontagne,* M. L. R., 7 S. C., p. 162, et 35 L. C. J., p. 76 (*c*). Je crois — faisant abstraction de la capacité d'ester en justice, qui, aux termes de l'article 176, qui n'est pas qualifié par d'autres dispositions du code, n'existe que dans les cas de simple administration — que la femme séparée de biens peut, sans autorisation maritale, administrer librement ses biens, mais qu'elle ne peut, sans cette autorisation, disposer de ses biens soit meubles soit immeubles.

Il n'y a aucune difficulté quant aux immeubles. L'article 1318 défend à la femme non autorisée d'aliéner ses immeubles. Et la disposition de l'article 1424, qui se lit comme suit, s'exprime encore plus énergiquement dans ce sens:

1424. "Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation,

(*a*) C'est la copie de l'art. 1536 du code Napoléon.

(*b*) Il n'est pas nécessaire que le contrat de mariage soit enregistré pour autoriser la femme à exercer ces pouvoirs. (Juge MacKay, *McDonald* v. *Harwood,* 4 R. L., p. 284.)

(*c*) Voy. mon tome 1er, pp. 520 et suiv.

" la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement " spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par " justice.

" Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles, donnée " à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est " nulle " (*a*).

Il est donc clair que l'aliénation des immeubles de la femme requiert l'autorisation de son mari.

Parlons maintenant des meubles ou, selon l'expression de l'article 1318, du *mobilier* de la femme, ce qui semble devoir s'entendre de tout ce qui est censé meuble (art. 397).

Je crois que nous pouvons écarter les aliénations à titre gratuit qui ne portent pas sur le revenu des biens de la femme. En effet, l'article 763 dit, sans distinguer les meubles des immeubles, que la nécessité pour la femme d'être autorisée de son mari s'applique aux donations entre vifs, tant pour donner que pour accepter. Une règle aussi formelle ne peut être affectée par la disposition de l'article 1318 qui peut être sainement interprétée comme ne se référant qu'aux actes de disposition à titre onéreux.

Nous pouvons, en sens inverse, reconnaître la capacité de la femme séparée de biens pour aliéner son mobilier, lorsque cette aliénation est un acte d'administration, ou lorsque les meubles en question sont destinés à être vendus.

Mais cela me paraît être la limite des concessions. S'il s'agit d'un capital mobilier, je crois que l'aliénation est impossible sans l'autorisation du mari ou, à son défaut, celle de justice. S'il y a contradiction entre les articles 177 et 1318, je ferais prévaloir le premier. Il est certain que dans l'ancien droit de telles aliénations eussent été nulles et rien ne fait voir que le législateur a entendu innover, surtout après avoir si énergiquement exprimé la doctrine traditionnelle à l'article 177 (*b*). Cette solution est du reste conforme à la disposition de l'article 1422 qui ne parle que des pouvoirs d'administration de la femme (*c*).

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 1538 C. N.

(*b*) Si une aliénation de meubles faite par la femme séparée sans le consentement de son mari est nulle, cela ne veut pas dire que le mari pourra revendiquer les meubles vendus (Voy. *Paquet* v. *Lejeune*, R. J. Q., 11 C. S., p. 402, Andrews j.) Le mari, n'ayant pas de droit dans les meubles, devra adopter une autre procédure.

(*c*) Je me contente d'indiquer brièvement cette solution, mais je renvoie le lecteur à l'étude fortement raisonnée que M. Baudry-Lacantinerie fait de cette question, en son traité sur le contrat de mariage, t. 3, nos 1496 et suiv. Il est à remarquer que cet auteur avait soutenu la doctrine contraire en son *Précis*, t. 3, n° 186.

Il ne s'agit ici que du capital de la femme séparée de biens. Celle-ci ayant la libre jouissance de ses revenus courants, peut en faire l'usage qui lui plait, en disposer même à titre gratuit, sauf son obligation de faire face à la contribution qu'elle doit pour l'entretien du ménage. Mais si elle a économisé sur ses revenus, le montant de ses économies se trouve à constituer un nouveau capital qu'elle peut administrer librement mais qu'elle ne saurait aliéner sans l'autorisation de son mari (*a*).

La question capitale est donc de savoir si tel acte fait par la femme est un acte d'administration ou de disposition. On trouvera dans les auteurs et recueils de jurisprudence français de nombreuses applications du principe que je viens de poser. Je ne tenterai pas une énumération qui resterait forcément incomplète. Je me contenterai de dire qu'on reconnaît généralement à la femme séparée la capacité de donner ses biens à bail, au moins pour neuf ans, de louer elle-même des meubles ou immeubles (*b*), de percevoir ses revenus. On lui interdit, à moins d'autorisation, de concéder le droit d'ouvrir une carrière sur son immeuble, de consentir une antichrèse, de radier une hypothèque sans avoir touché le capital garanti, de cautionner l'obligation d'un tiers, de transiger ou compromettre (*c*). Encore une fois qu'il me soit permis de renvoyer aux auteurs pour une énumération complète (*d*).

2° *Contribution de la femme aux charges du mariage.* — Cette contribution est réglée en ces termes par l'article 1423:

1423. " Chacun des époux contribue aux charges du mariage, " suivant les conventions contenues en leur contrat, et s'il n'en " existe point et que les parties ne puissent s'entendre à cet " égard, le tribunal détermine la proportion contributoire de " chacune d'elles, d'après leurs facultés et circonstances respec- " tives " (*e*).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, n° 1502.

(*b*) Ainsi la femme séparée de biens qui tient une maison de pension peut, sans autorisation de son mari ou de justice, passer un bail pour une maison destinée à servir de telle pension: juge Langelier, *Parizeau* v. *Huot*, R. J. Q., 19 C. S., p. 379.

(*c*) La promesse par la femme de payer une commission à un agent d'immeubles qui effectuerait la vente de ses propriétés immobilières ne constituerait pas un acte d'administration. (Juge Charland, *Bourdon* v. *Bourdeau*, R. J. Q., 18 C. S., p. 136.)

(*d*) Voy. notamment M. Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. 2, nos 1500 et suiv.

(*e*) Cet article diffère de l'article 1537 du code Napoléon en ce que cette dernière disposition, à défaut de conventions dans le contrat de

Donc la première chose à consulter c'est le contrat de mariage. S'il a été stipulé que le mari seul subviendra aux dépenses du ménage, et qu'il soit en état de le faire, la femme ne peut être forcée d'y contribuer, ni par son mari, ni par ses créanciers. Si elle s'est personnellement obligée, son obligation paraît être une violation de la prohibition de l'article 1301, car la femme s'est obligée pour son mari, seul débiteur dans ces circonstances.

Le règle de l'article 1423 se complète du reste par celle de l'article 1317 qui porte que "la femme qui a obtenu la séparation de biens doit contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs. Elle doit supporter entièrement ces frais s'il ne reste rien au mari" (*a*).

L'article 1317 prévoit le cas d'une séparation judiciaire, et alors on comprend qu'il ne pouvait être question de faire fixer la proportion contributoire de la femme par une convention entre les époux. Mais la disposition finale par laquelle il oblige la femme à supporter entièrement les frais du ménage et d'éducation des enfants, s'il ne reste rien au mari, s'applique à la séparation conventionnelle comme à la séparation judiciaire, car ce n'est là que la conséquence de l'obligation alimentaire que les articles 165 et 173 imposent aux époux.

Donc la femme est obligée, sous le régime de la séparation de biens, de contribuer aux charges du mariage. Comme le mari est le chef de la famille, il peut exiger que sa femme verse entre ses mains sa portion contributoire, et on enseigne qu'il peut l'y contraindre par voie de saisie de ses biens ou revenus (*b*).

---

mariage, fixe la contribution de la femme au tiers de ses revenus. Toutefois, comme, en cas d'insuffisance, l'on reconnaît que la femme peut être forcée de contribuer au delà de ce montant (M. Baudry-Lacantinerie, n° 1485), nos codificateurs ont bien fait de laisser déterminer par les tribunaux, en l'absence de conventions ou d'accord, la proportion contributoire de chaque époux, laquelle doit être basée sur leurs facultés et circonstances respectives.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 1448 C. N.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité n° 1488. Voy. aussi Pothier, *Communauté*, n° 464.

Lorsque, durant leur mariage, les époux ne se sont point adressés aux tribunaux pour faire fixer leur part contributoire, ils doivent être présumés s'être entendus et s'en être mutuellement libérés et acquittés durant le mariage, juge de Lorimier, *Voligny* v. *Simard*, 2 R. de J., p. 294.

Mais la femme qui paie au mari le montant qu'elle doit contribuer pour les frais du ménage, n'est pas personnellement responsable des dettes que celui-ci encourt pour les frais du ménage et l'éducation des enfants. En d'autres termes elle est bien la débitrice de son mari pour le montant de sa contribution, elle ne l'est pas des tiers fournisseurs. Le plus souvent la question se réduira à une question de responsabilité contractuelle. Les tiers ont-ils traité avec le mari seul: c'est contre celui-ci seul qu'ils pourront exercer leur recours, comme la cour d'appel l'a jugé dans la cause de *Hudon & Marceau* (1 L. N., p. 603; 23 L. C. J., p. 45). Si les deux époux ont contracté ensemble sans stipulation de solidarité, l'obligation de la femme ne serait que conjointe, et souvent celle-ci pourrait repousser toute responsabilité en invoquant l'article 1301. Mais je me hâte d'ajouter que si le mari est insolvable, la femme séparée de biens à qui le fournisseur a chargé les provisions fournies, ne pourra échapper à la condamnation en prétendant qu'elle a agi comme mandataire de son mari, ou que son obligation serait nulle aux termes de l'article 1301, car alors la loi la rend personnellement responsable des frais du ménage et d'éducation des enfants communs (*a*).

Voici d'ailleurs un résumé de notre jurisprudence sur cette question:

Une femme séparée de biens n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour acheter des provisions pour la famille: cour de revision, *Garrigan* v. *Garrigan*, 9 R. L., p. 510. Mais en général elle est supposée agir comme mandataire de son mari (cour de revision, *Brown* v. *Guy*, 5 L. N., p. 111, et juge Tellier, *Liggett* v. *Bachand*, M. L. R., 4 S. C., p. 462), et elle n'est

---

(*a*) On pourra consulter sur cette question importante, M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, nos 1485 et suiv.

On a tenté, en France, de distinguer entre les frais du ménage et ceux de l'entretien des enfants communs, et quelques auteurs rendent la femme responsable de ces dernirs frais, même quand ils ont été contractés pendant la communauté et avant la demande de séparation de biens, le mari étant alors insolvable. On se fonde sur l'article 203 du code Napoléon, qui correspond à notre article 165, et qui porte que les époux contractent, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Mais cette obligation n'existe qu'à l'égard des enfants, et je ne vois pas en vertu de quel principe on l'invoquerait contre la mère qui ne se serait pas personnellement obligée. Au fond, je ne vois en tout ceci qu'une question de responsabilité contractuelle, et c'est la forme qu'elle prend généralement dans la pratique. Il s'agit donc de savoir avec qui le créancier a contracté et celui-là en principe est seul responsable.

pas responsable du prix des provisions achetées par elle, surtout si le prix en a été porté au nom du mari dans les livres du marchand: juge Berthelot, *Rousson* v. *Gauvin,* 13 L. C. J., p. 82; et 1 R. L., p. 86; juge Dorion, *Larose* v. *Michaud,* 21 L. C. J., p. 167; juge Caron, *Bachlaw* v. *Cooper,* 3 L. N., p. 128; cour d'appel, *Hudon & Marceau,* 1 L. N., p. 603, et 23 L. C. J., p. 45; même cour, *Lefaivre & Guy,* 3 D. C. A., p. 255; même cour, *Paquette & Guertin,* 2 L. N., p. 211; même cour, *Bruneau & Barnes,* 25 L. C. J., p. 245, et 3 L. N., p. 300 (*a*). Cependant elle sera responsable si le crédit a été donné à elle-même, et si les effets sont, à sa connaissance, portés à son nom dans les livres du marchand: cour d'appel, *Griffin & Merrill,* 15 R. L., p. 55, et M. L. R., 3 Q. B., p. 130; magistrat Champagne, *Stuart* v. *Barré,* 12 L. N., p. 203; juge Wurtele, *Hamilton* v. *Lafrenière,* 20 R. L., p. 521. Elle sera aussi responsable s'il est démontré que le mari était insolvable au temps de l'achat, car dans le cas de telle insolvabilité la femme doit supporter entièrement les frais du ménage (art. 1317), et le marchand est présumé lui avoir donné crédit: juge Torrance, *McGibbon* v. *Morse,* 21 L. C. J., p. 311; juge Mackay, *Courcelles* v. *Dubois,* 4 R. L., p. 284; juge Torrance, *Laframboise* v. *Lajoie,* 2 L. C. J., p. 233; cour de revision, *Bénard* v. *Bruneau,* 5 L. N., p. 112; même cour, *Brown* v. *Guy,* 5 L. N., p. 111; cour d'appel, *Griffin & Merrill,* 15 R. L., p. 55, et M. L. R., 3 Q. B., p. 130. Cependant, si le marchand paraît donner crédit au mari insolvable, il n'a pas de recours contre la femme: juge Archibald, *Piché* v. *Morse,* 4 R. de J., p. 566, et R. J. Q., 15 C. S., p. 306.

Lorsque le crédit a été donné au mari, la femme peut-elle ensuite s'obliger, avec ou pour son mari, de payer au marchand le prix des provisions fournies? La cour d'appel, dans la cause de *Bruneau & Barnes* (25 L. C. J., p. 245, et 3 L. N., p. 300), et le magistrat Champagne, dans la cause de *Stuart* v. *Dussault* (12 L. N., p. 276), ont décidé qu'elle ne le pouvait

---

(*a*) Voy. *contrà,* cour de revision, *Robert* v. *Rombert,* 14 L. C. J., p. 162, et juge Tessier, *Léger* v. *Lang,* 1 Q. L. R., p. 223. Voy. aussi les causes suivantes dans lesquelles il a été décidé que la femme séparée de biens était conjointement et solidairement responsable avec son mari pour le prix de provisions achetées pour l'usage de la famille: juge Tessier, même cause de *Léger* v. *Lang;* juge Monk, *St-Amand* v. *Bourrette,* 13 L. C. R., p. 238; juge Smith, *Paquette* v. *Limoges,* 7 L. C. J., p. 30; juge Badgley, *Elliott* v. *Grenier,* 1 L. C. L. J., p. 91. Mais dans une cause de *Piché* v. *Morse,* le juge Mathieu (R. J. Q., 14 C. S., p. 165, et 4 R. de J., p. 277) et le juge Archibald (R. J. Q., 15 C. S., p. 306, et 4 R. de J., p. 566) ont décidé que cette solidarité n'avait pas lieu.

pas (voy. *contrà,* juge Badgley, *Cholet* v. *Duplessis,* 6 L. C. J., p. 81).

Quant à la responsabilité du mari pour le prix de provisions ou d'effets nécessaires à la vie de sa famille, le juge Doherty, dans la cause de *Morgan* v. *Bartels,* R. J. Q., 12 C. S., p. 125, a décidé que lors même que les effets avaient été chargés à la femme, et lors même que cette dernière ne vivait pas avec son mari, ce dernier était responsable, si le marchand démontrait que les effets vendus étaient actuellement nécessaires à sa femme et à ses enfants.

Le mari est responsable pour les soins médicaux donnés à sa femme (juge Johnson, *D'Orsonnens* v. *Christin,* 7 L. N., p. 338) ; mais la femme séparée de biens n'est pas responsable pour les soins médicaux donnés à la famille, si le médecin a porté ses charges au compte du mari seul : juge Taschereau, *Pontbriand* v. *Mazurette,* 5 R. de J., p. 125.

De même la femme ne peut être tenue de payer le loyer pour le domicile commun si le crédit n'a pas été donné à elle-même par le locateur : cour de revision, *Harwood* v. *Fowler,* 34 L. C. J., p. 209, et M. L. R., 7 S. C., p. 363.

Le mari seul est tenu des réparations courantes qu'il a fait faire à la maison habitée par les époux, lors même que cette maison appartient à la femme : juge Archibald, *Beaulieu* v. *Blache,* R. J. Q., 7 C. S., p. 192.

Une dernière question que je puis traiter ici est celle de savoir si l'un des époux peut réclamer un salaire de l'autre, lorsqu'ils travaillent l'un pour l'autre. Il est conforme à l'institution du mariage que les époux travaillent ensemble et s'aident mutuellement à se procurer les besoins de la vie, et qu'ils y soient tenus sans que l'un puisse réclamer un salaire de l'autre. Ainsi le créancier du mari ne pourra saisir entre les mains de la femme séparée de biens la valeur prétendue du salaire qu'elle doit à son mari qui travaille pour elle ou qui gère ses affaires. C'est le principe qui a été maintenu dans les causes suivantes : juge Gill, *St-Pierre* v. *Towle,* R. J. Q., 15 C. S., p. 322, confirmé en revision, R. J. Q., 17 C. S., p. 361 ; juge Routhier, *Dussault* v. *Gingras,* 4 R. de J., p. 503 ; cour de revision, *Arnoldi* v. *Stewart,* R. J. Q., 17 C. S., p. 252. Cependant, il ne suit pas de là que la femme, propriétaire d'un établissement industriel ou commercial, ne puisse s'obliger de payer un salaire à son mari qui administre cet établissement. Une telle convention ne me paraît pas constituer un avantage prohibé entre époux. C'est là ce que la cour de revision a implicitement jugé dans cette cause d'*Arnoldi* v. *Stewart* (p. 261 du rapport).

III. Du cas où la femme a confié l'administration de ses biens à son mari. — Je n'ai pas l'intention ici de discuter les questions aussi nombreuses qu'ardues qu'on soulève en France quant au rôle du mari à l'égard des biens de sa femme séparée. Le plus souvent il s'agit de l'application des dispositions du code Napoléon quant au régime dotal, dispositions qui n'ont pas été reproduites par notre code. Je ne parlerai que d'un seul cas, celui d'un mandat exprès ou d'un mandat tacite que la femme aurait donné à son mari pour administrer ses affaires. Sans un tel mandat, bien entendu, le mari n'aurait pas qualité pour se mêler à l'administration des biens de sa femme, car cette administration doit être libre et entière (art. 1318, 1422).

1° *Le mandat a été exprès.* — Il faut distinguer ici selon que le mandat a été donné par la femme à son mari par le contrat de mariage ou par un acte subséquent. Au premier cas il sera irrévocable, car ainsi le veut le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (*a*). Au deuxième cas, le mandat, comme tout autre mandat, sera essentiellement révocable.

Maintenant, pour déterminer les pouvoirs du mari, il faut avant tout consulter les termes du mandat. C'est aussi au mandat qu'on doit se référer pour savoir quel compte le mari doit rendre de son administration. On prendra naturellement en considération les relations qui existent entre le mari et la femme, le fait que celle-ci est obligée de contribuer aux frais du ménage et que le mari en est le chef. Je crois aussi que, si le mandat ne s'en exprime pas, on pourra appliquer l'article 1425 qui vise le cas du mandat tacite, car, puisque l'acte qu'on a dressé est muet sur ce point, on présumera facilement que la femme a voulu laisser le mandat exprès qu'elle a consenti sous la même règle, quant au compte à rendre, que le mandat tacite qui résulterait de son silence ou de son inaction.

2° *Le mandat est tacite.* — On suppose, comme la chose arrive souvent, que préoccupée des soins du ménage et ne se sentant ni le goût ni l'aptitude nécessaires pour veiller à la gestion de ses biens, la femme en a laissé l'administration à son mari sans qu'il soit intervenu entre eux aucun contrat. C'est cette hypothèse que prévoit l'article 1425 dont la disposition se lit comme suit:

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1511. Cet auteur fait remarquer que dans le cas de stipulation d'un tel mandat, la séparation de biens n'est pas véritable.

1425. " Lorsque la femme séparée a laissé la jouissance de " ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande " que sa femme peut lui faire, soit à la dissolution du ma- " riage, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est " point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'à- " lors " (*a*).

Cette disposition se justifie par les relations intimes qui existent entre les parties et par le fait que la femme, laissant à son mari une administration qu'elle pourrait lui enlever, indique qu'elle approuve l'usage que le mari fait des revenus qu'il perçoit. En effet, la femme peut reprendre quand elle le veut l'administration de ses biens. Si elle laisse administrer le mari, il est juste que celui-ci, à la dissolution du mariage, ou plus tôt sur la révocation de ce mandat tacite, ne doive rendre à sa femme que les fruits existants.

Mais qu'entend-on par les *fruits existants* que le mari doit représenter et par les *fruits consommés* dont il n'est point comptable?

Dans l'ancien droit, pour pouvoir se dispenser de représenter les fruits, le mari, d'après l'opinion commune, devait prouver qu'il les avait consommés dans l'intérêt du ménage; s'il les avait dépensés pour son profit particulier, il en était comptable. Cependant, on enseigne avec raison que l'article 1539 du code Napoléon — et notre article 1425 n'en est que la reproduction — a innové à l'ancien droit sur ce point, et certes son texte n'autorise aucune distinction quant à l'objet des dépenses. Le législateur a paru vouloir empêcher des recherches blessantes pour le mari, en obligeant celui-ci de rendre compte de l'emploi des revenus qu'il a perçus, et la seule question sous notre article, paraît être celle-ci: les fruits existent-il encore, ou bien ont-ils été consommés? Au premier cas le mari doit les représenter, au second cas il n'en est pas comptable.

Je crois donc qu'on doit regarder comme *fruits existants*, ceux qui ont été conservés, soit en nature, soit par un équivalent dont l'origine est certaine, comme un prix encore dû par suite de la vente des fruits, ou un placement fait avec les revenus perçus. Le fait que le mari se serait enrichi aux dépens de sa femme serait indifférent, si la femme ne peut prouver qu'il a encore en main, soit en nature, soit en équivalent, des fruits et revenus qu'il avait reçus pour elle. C'est d'ailleurs à la femme qu'incombe la charge de la preuve en

---

(*a*) C'est la reproduction de l'art. 1539 du code Napoléon.

cette matière, car elle prend le rôle de demanderesse vis-à-vis de son mari. En effet, celui-ci rencontre suffisamment sa demande en lui disant: voici les fruits qui existent. Si la femme conteste cette affirmation, il est clair qu'elle doit prouver l'existence d'autres fruits (*a*).

D'un autre côté, il se peut que le mari non seulement n'ait pas de fruits dans les mains, mais qu'il se trouve en perte par suite de l'administration qu'il a entreprise. Il a par exemple fait des impenses, soit grosses, soit d'entretien. Peut-il réclamer ces impenses de sa femme?

On s'accorde généralement pour refuser au mari la répétition des dépenses qui sont une charge des fruits, et on l'assimile sous ce point à l'usufruitier. Mais il peut réclamer le remboursement des grosses réparations qu'il a faites, sauf à sa femme à faire réduire sa réclamation en prouvant qu'il a fait face, à l'aide des revenus, à une partie de la dépense. En d'autres termes, il est dû récompense au mari de toutes améliorations, même de celles qui ne sont qu'utiles, qui l'ont appauvri en enrichissant sa femme. Il est impossible de préciser davantage cette règle, dont on comprendra mieux la portée en étudiant les nombreuses applications qu'elles a reçues, en France, sous le régime dotal (*b*).

D'autre part, les tiers qui ont contracté avec le mari peuvent-ils réclamer de la femme le prix des ouvrages qu'ils ont faits sur son immeuble? La cour de revision, dans la cause de *Bélanger* v. *Paquet,* 11 Q. L. R., p. 67, et dans la cause de *Casey* v. *Holmes,* R. J. Q., 8 C. S., p. 105, a décidé qu'ils le pouvaient, le mari dans ce cas étant censé être l'agent ou *negotiorum gestor* de sa femme (*c*).

(*a*) Le cas suivant peut se présenter: le mari acquiert pendant le mariage un immeuble chargé d'une rente en faveur de sa femme, et cette dernière n'exige pas sa rente de son mari jusqu'à sa mort; peut-elle après sa mort réclamer cinq années et l'année courante d'arrérages sur l'immeuble? La cour d'appel, dans la cause de *Filion* & *Guénette,* 7 R. L., p. 438, a décidé qu'elle le pouvait, mais il faut remarquer que dans l'espèce le contrat de mariage stipulait que le mari serait seul tenu des charges du mariage.

(*b*) Je ne sache pas que l'on ait appliqué cette règle en cette province. Au surplus, je renvoie le lecteur aux développements que M. Baudry-Lacantinerie donne à ces questions en son tome 3, nos 1515 et suiv.

(*c*) Le juge Doherty, dans une cause de *Dépocas* v. *Morse,* R. J. Q., 8 C. S., p. 286, a renvoyé l'action intentée contre la femme pour le prix de matériaux employés à terminer une maison qui lui appartenait et fournis à un entrepreneur qui avait contracté avec le mari. Le mari avait garanti le paiement des matériaux, mais il n'était pas prouvé que la femme l'avait autorisé à donner telle garantie.

IV. Des différences entre la séparation de biens conventionnelle et la séparation de biens judiciaire. — J'indiquerai ces différences succinctement :

1° La séparation conventionnelle participe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les parties ne peuvent donc lui substituer ni la communauté ni le régime sans communauté.

Au contraire, la séparation judiciaire est essentiellement provisoire. Les parties peuvent y renoncer et rétablir le régime antérieur (art. 1320).

On a soulevé, en France, la question de savoir si la femme contractuellement séparée de biens peut, au cas de désordre des affaires de son mari, demander de nouveau la séparation de biens, et un arrêt l'a tranchée dans l'affirmative (*a*). Je crois que cette solution peut être admise lorsque la séparation de biens est partielle, lorsque le contrat de mariage a restreint, en faveur du mari, les pouvoirs d'administration qui appartiennent à la femme, comme en donnant au mari une part dans l'administration des biens de sa femme, lorsque enfin la part contributoire de la femme, telle que fixée au contrat de mariage, se trouve trop élevée. Dans les autres cas, la femme séparée de biens n'ayant rien à gagner par une demande de séparation, je ne vois pas qu'elle y ait un intérêt suffisant pour pouvoir l'intenter (*b*).

2° Il y a une autre différence entre les deux régimes, quant à la fixation du montant que la femme doit fournir pour subvenir aux frais du ménage. Lorsque la séparation est contractuelle, les tribunaux ne peuvent intervenir (sauf le cas extraordinaire que je viens de signaler) pour fixer ce montant, que si le contrat est muet à cet égard. Au contraire, quand la séparation est judiciaire, c'est dans tous les cas la justice qui détermine la proportion contributoire de la femme.]]

(*a*) Sirey, 1859. 1. 449; Dalloz, 1859. 1. 310.

(*b*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, ouvrage cité, n° 1536.
Dans une espèce, en France, la femme a été autorisée à payer directement sa contribution aux mains des fournisseurs au lieu de la verser à son mari. Sirey, 1851. 2. 720; Dalloz, 1852. 2. 127. Cette solution toutefois a été critiquée. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n°s 1490 *in fine* et 1491.

CHAPITRE III. — DES DOUAIRES (*a*).

Bien que le douaire ne forme pas un régime matrimonial, c'est une conséquence du mariage. C'est de plus une convention matrimoniale, soit présumée, soit expresse (art. 1260, 1263). Il convenait donc d'en tracer les règles sous ce titre qui s'occupe des conventions matrimoniales et des effets du mariage sur les biens des époux.

Le douaire, tel que réglementé par le code, nous vient de l'ancien droit; il n'existe plus en France, à titre d'avantage conféré par la loi seule, depuis la confection du code Napoléon. Pourtant son origine est toute française. A Rome, le mari recevait une dot de sa femme, et Tacite, dans son ouvrage *De moribus Germanorum,* citait comme un trait curieux le fait que chez ces peuples les femmes n'apportaient pas de dot à leur mari, mais en recevaient. Les Francs, peuple germanique, ont sans doute introduit cette coutume en France, et elle y était solidement établie surtout dans les pays de coutume, ceux de droit écrit ayant un équivalent connu sous le nom d'*augment* (*b*). Dans cette province, comme nous étions, jusqu'au code, régis par la coutume de Paris, le douaire était entré dans les mœurs et c'eût été une grave innovation que de l'abolir (*c*). Les articles que je vais commenter sont donc tous de droit ancien, sauf quelques modifications de détail que la législature a adoptées.

On distingue deux espèces de douaire, celui de la femme et celui des enfants, et Pothier suit cette distinction dans la division de son *Traité du douaire.* Au fond, c'est le même douaire, mais le droit qu'il confère à la femme n'est pas semblable à celui qui appartient aux enfants. Le code a également fait la même distinction (*d*) et je suivrai son exemple en divisant ce commentaire en trois sections. Dans la première se placeront

---

(*a*) Le douaire n'existant pas de droit en France, il va sans dire que ce chapitre est entièrement original.

(*b*) D'après Philippe de Beaumanoir, c'est le roi Philippe Auguste qui a établi le douaire légal. Auparavant, le douaire n'était que conventionnel. Voy. Pothier, *Douaire,* n° 2.

(*c*) Le douaire, cependant, comme la communauté légale, est d'un usage moins fréquent qu'autrefois.

(*d*) En effet, le premier alinéa de l'article 1426 dit: "Il y a deux "espèces de douaire, celui de la femme et celui des enfants."

les règles qui s'appliquent à tout douaire, quel qu'en soit le bénéficiaire, dans les deux autres celles qui régissent le douaire de la femme et celui des enfants.

SECTION I. — DES RÈGLES QUI S'APPLIQUENT A TOUT DOUAIRE.

§ I. *De la nature du douaire et de ses divisions.*

I. Définition du douaire. — Par *douaire* on entend un gain de survie que la loi ou le contrat de mariage accorde à la femme pour le cas du prédécès de son mari, ou, lorsque la femme elle-même prédécède, aux enfants nés du mariage (art. 1438).

Le douaire ne constitue pas une donation, malgré que la femme ne donne rien en retour de ce qu'elle reçoit à ce titre, car le mari contracte l'obligation, par le fait du mariage, de pourvoir à la subsistance de sa femme, si elle lui survit. Pour cette raison, en l'absence même d'un contrat de mariage, la femme a droit au douaire (art. 1260, 1427). Les époux peuvent modifier ce douaire à volonté par leur contrat de mariage, ou même l'exclure (art. 1263, 1428), mais quoiqu'on lui ait donné plus d'extension qu'il n'en aurait d'après la loi, il n'en reste pas moins une simple convention de mariage (*a*), valable sans enregistrement, sauf ce qui est spécialement décrété à cet égard, pour protéger les tiers (*b*).

II. Différentes espèces de douaire. — Il s'agit ici, bien entendu, tant du douaire de la femme que de celui des enfants. L'un et l'autre en effet se divisent en douaire légal ou coutumier, et en douaire conventionnel ou préfix (*c*).

L'article 1427 définit le douaire légal ou coutumier en ces termes: —

1427. "Le douaire légal ou coutumier est celui que la loi, "indépendamment de toute convention, constitue par le simple

---

(*a*) Voy. les causes suivantes, en ce sens: juge Archibald. *Turgeon* v. *Shannon*. R. J. Q., 20 C. S., p. 135; juge Berthelot, *Filion* v. *De Beaujeu*, 5 L. C. J., p. 128; cour de revision, *Morrison* v. *Sauvageau*, 4 R. L., p. 455.

(*b*) C'est la disposition de l'article 1432 qui se lit comme suit:—

1432. "Le douaire coutumier ou préfix n'est pas regardé comme un "avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une simple "convention de mariage."

(*c*) Le deuxième alinéa de l'article 1426 dit: "Chacun de ces dou-"aires est soit légal ou coutumier, soit préfix ou conventionnel."

" fait du mariage, sur les biens du mari, au profit de la femme " en usufruit et des enfants en propriété."

Et c'est en faveur de ce douaire, que les parties sont censées avoir opté lorsqu'elles ne l'excluent pas.

Le douaire conventionnel ou préfix est également défini par le code, dont l'article 1428 se lit comme suit:—

1428. " Le douaire préfix ou conventionnel est celui dont les " parties sont convenues par le contrat de mariage " (*a*).

Nous verrons plus loin que le douaire préfix peut consister en une somme d'argent, une rente, un meuble ou un immeuble. Il peut excéder le douaire coutumier ou lui être inférieur. En un mot c'est un droit qui, étant créé par la convention des parties, a l'étendue que cette convention lui donne. En cela il diffère du douaire coutumier qui, étant créé par la loi, est toujours invariable.

L'article 1433 indique une autre différence entre le douaire coutumier et le douaire préfix. Il dit que " le droit au douaire " préfix court de la date du contrat de mariage, et celui au dou-" aire coutumier à compter de la célébration, ou de la date du " contrat, s'il y en a un et que le douaire y ait été stipulé."

Je ne fais que citer cet article ici, car j'aurai l'occasion d'y revenir. Au fond la différence est moins grande qu'elle ne paraît l'être, car que le douaire soit préfix ou coutumier, il court de la date du contrat de mariage qui l'a stipulé. Quand il n'y a pas eu de contrat de mariage ou que le contrat ne stipule pas un douaire, la date d'où pourrait courir le douaire légal, c'est celle du mariage qui lui a donné naissance.

Enfin le douaire préfix diffère du douaire coutumier en ce que, comme je l'ai dit d'ailleurs, le premier doit être expressément stipulé, tandis que le second existe lorsqu'il n'est pas exclu. L'article 1431, qu'on aurait pu omettre, car il ne fait que répéter ce que les articles 1427 et 1428 avaient déjà dit, en a une disposition formelle qui se lit comme suit:—

1431. " A défaut de contrat de mariage, ou si dans celui qui " existe, les parties ne s'en sont pas expliquées, le douaire cou-" tumier a lieu de plein droit.

" Mais il est permis de stipuler qu'il n'y aura aucun douaire,

---

(*a*) Mais si les parties conviennent que le douaire sera celui établi par la loi, ce douaire sera-t-il coutumier ou préfix? Le juge Monk, *Sims* v. *Evans*, 4 L. C. J., p. 311, a décidé qu'en ce cas le douaire n'était pas un douaire préfix. Ce point ne peut d'ailleurs faire de doute, et l'article 1433 le laisse entendre clairement.

" et cette stipulation s'étend aux enfants comme à la fem-" me " (*a*).

Nous verrons plus loin que le douaire préfix peut prendre toutes sortes de formes. Il peut consister en une somme d'argent, une rente, un meuble ou un immeuble. C'est, en un mot, un droit qui, étant créé par la convention des parties, a l'étendue et la consistance que cette convention lui a données.

Mais lorsque le douaire préfix consiste en immeubles, il est, tout comme le douaire coutumier, un droit réel. Etant un droit réel immobilier, il est, de même que le douaire coutumier, régi par la loi de la situation des immeubles dont il se compose. C'est ce que porte en ces termes l'article 1442:

1442. " Le douaire coutumier, ainsi que le préfix qui consiste " en immeubles, est un droit réel, qui se règle d'après les lois du " lieu où sont situés les immeubles qui y sont sujets."

C'est là une extension, plutôt qu'une application à un cas particulier, du principe de droit international privé de l'article 6, en vertu duquel les lois du Bas-Canada régissent les immeubles qui y sont situés. Nous avons vu que, quand le domicile matrimonial des époux est situé à l'étranger, c'est la loi de ce domicile qui régit leur régime matrimonial quant aux biens meubles ou immeubles qu'ils acquièrent en cette province (*b*). Ainsi, si la loi de ce domicile établit la séparation de biens entre des époux qui se marient sans contrat de mariage, les immeubles acquis en cette province par l'un d'eux, qui y est domicilié au moment de l'acquisition, ne laisseront pas de lui appartenir en propre. Il en a toujours été différemment du douaire coutumier et du douaire préfix immobilier; ces douaires constituent un droit réel, et il importe peu que le domicile matrimonial ou actuel des époux soit à l'étranger, la femme pourra toujours réclamer un douaire coutumier—ou un douaire préfix, quand il consiste en immeubles—sur les immeubles du mari situés en la province de Québec (*c*). Cela me paraît être, je le répète, une extension du premier alinéa de l'article 6, car la présomption qui veut qu'en l'absence de conventions matrimoniales, les époux aient opté pour le douaire coutumier, me paraît fondée sur

(*a*) La renonciation à tout douaire, contenue dans un contrat de mariage, doit s'interpréter avec les autres clauses du contrat, et ce qui est stipulé pour en tenir lieu peut être un véritable douaire préfix: juge Archibald, *Turgeon* v. *Shannon*, R. J. Q., 20 C. S., p. 135.

(*b*) *Supra*, p. 135.

(*c*) C'est ce que la cour d'appel a jugé, en 1880, dans la cause de *Erichsen* & *Cuvillier*, 25 L. C. J., p. 80, et 3 L. N., p. 285.

le même motif que celle qui soumet les époux, dans le même cas, au régime de la communauté légale, et de fait cette présomption est décrétée et pour le douaire et pour la communauté légale par le même article (voy. l'art. 1260). Quoi qu'il en soit, et parce qu'il s'agit d'un droit réel, ou plutôt d'un statut réel (*a*), nous sommes en présence ici d'une disposition formelle dont le sens n'est pas douteux et qui doit recevoir tout son effet.

Il ne s'agit ici, bien entendu, que du douaire coutumier et du douaire préfix qui consiste en immeubles. Le douaire préfix d'une somme de deniers n'est pas un droit réel et partant sera régi par la loi du domicile matrimonial. C'est ce que porte, quant au principe d'où je déduis cette conséquence, l'article 1470 que je puis citer immédiatement, car ce n'est que le corrolaire de l'article 1442. Aux termes de cet article, "le douaire " préfix qui consiste dans une somme de deniers à une fois payer, " est à toutes fins réputé mobilier." Cette disposition ne peut donner lieu à aucune difficulté.

J'ai dit que le douaire préfix exige une stipulation expresse, et qu'en l'absence de conventions, c'est le douaire coutumier qui est dû à la femme. Mais on peut exclure tout douaire quelconque, et cette exclusion s'applique tant à l'égard de la femme que des enfants. C'est du reste la disposition de l'article 1431, cité *supra*, p. 407.

§ II. *De la faculté de choix qui peut être accordée à la femme entre le douaire préfix et le douaire coutumier.*

Si la femme a droit au douaire coutumier lorsque les parties ne l'ont pas exclu, et si le douaire préfix n'existe qu'en vertu d'une stipulation formelle, il est certain que le seul fait de stipuler le douaire préfix, exclut le douaire coutumier. Cependant, le contrat de mariage peut, par une clause expresse, accorder à la femme la faculté de choisir l'un ou l'autre de ces douaires. C'est ce que l'article 1429 décrète en ces termes:—

1429. "Le douaire préfix exclut le coutumier; cependant, il " est permis de stipuler que la femme et les enfants auront droit " de prendre l'un ou l'autre à leur choix."

La femme ne peut avoir à la fois le douaire préfix et le douaire coutumier, mais on peut lui en laisser le choix, ce qui doit

---

(*a*) On peut justifier la différence entre la communauté et le douaire, en disant que la communauté constitue un *statut personnel* et le douaire un *statut réel*. Mais il resterait encore à trouver la raison de cette distinction.

être fait par une disposition spéciale du contrat de mariage. En l'absence d'une telle stipulation, la femme ne peut en renonçant au douaire préfix qui lui a été accordé, prétendre exercer un douaire coutumier sur les biens de son mari (*a*).

Même si le contrat se contente de dire que la femme aura, pour douaire, telle somme, ou le douaire coutumier, sans ajouter que le choix lui en appartiendra, cette faculté d'option est ouverte à la femme et non pas aux héritiers du mari débiteurs du douaire. Pothier (*Douaire,* n° 143) explique qu'il ne s'agit pas ici du principe qui veut qu'en matière d'obligations alternatives, le choix appartienne au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier (art. 1094), car la femme n'a pas, en ce cas, une simple créance alternative de deux choses, mais elle a plutôt deux droits, qui lui viennent de différentes causes. Ces droits sont incompatibles et la femme ne peut les exercer tous deux. Mais pour cette raison même, elle a le choix de celui dont elle voudra user. Il en serait différemment, ajoute le même auteur, si le douaire consistait, soit en une somme d'argent, en propriété, soit en une rente viagère. Dans ce cas la créance de la femme serait vraiment alternative, et si le choix n'était pas expressément accordé à la femme, il appartiendrait aux débiteurs de cette créance, les héritiers du mari.

Le choix fait par la femme lie les enfants, car il détermine finalement l'espèce de douaire qui sera due par le mari ou ses héritiers. C'est du reste ce que porte l'article 1430 en ces termes:—

1430. " L'option faite par la femme, après l'ouverture du " douaire, lie les enfants, lesquels sont tenus de se contenter de " celui des deux douaires qu'elle a choisi.

" Si elle meurt sans avoir fait ce choix, la faculté de le faire " passe aux enfants."

L'article 1430 ne parle que de l'option faite après l'ouverture du douaire. En effet, le droit au douaire est jusqu'à son ouverture un droit conditionnel. Si la femme meurt avant son mari, elle se trouve n'avoir jamais eu droit au douaire qui s'ouvre en faveur des enfants. Donc tout choix fait par la femme avant l'ouverture du douaire devient sans effet lorsque son droit s'est trouvé caduc par son prédécès, et alors, s'agissant d'un droit né dans la personne des enfants, ceux-ci seuls sont habiles à exercer l'option qui aurait appartenu à leur mère sans son prédécès.

Mais la femme (et ceci s'applique également aux enfants

(*a*) Voy. Pothier, *Douaire,* n° 138.

quand ils ont droit de faire option entre le douaire préfix et le douaire coutumier) est-elle restituable contre le choix qu'elle a fait?

Mettons de côté toute question d'erreur, de dol ou d'autres causes qui vicient le consentement, car il est certain que dans ces cas la femme pourrait attaquer le consentement qu'elle aurait donné.

Sauf ces cas, il n'y a que celui de la minorité de la femme ou de son interdiction qui puisse donner lieu à restitution. Quant à la minorité, il y avait controverse dans l'ancien droit, et Renusson tenait qu'elle ne constituait pas un cas de restitution. J'aime mieux l'avis de Pothier (*a*) qui admettait la restitution pour lésion lorsque la femme avait fait option pendant sa minorité.

Dans quel délai la femme doit-elle faire son choix? Le code n'en fixe aucun, et il faut décider qu'elle sera recevable en tout temps à l'exercer, du moins pendant trente ans de sa majorité. Mais Pothier (n° 144) décide que l'héritier du mari peut l'assigner devant le juge pour qu'un délai lui soit assigné pour déclarer son option. Ce tempérament paraît raisonnable.

§ III. *En quoi consiste le douaire coutumier.*

L'article 1434, qui reproduit en substance la disposition de l'article 248 de la coutume de Paris, répond à cette question en ces termes:—

1434. " Le douaire coutumier consiste dans l'usufruit pour " la femme, et dans la propriété pour les enfants, de la moitié " des biens immeubles dont le mari est propriétaire lors du ma- " riage et de ceux qui lui échoient de ses père et mère et autres " ascendants pendant sa durée."

Ainsi, le douaire coutumier ne porte que sur les immeubles. et par immeuble il faut entendre tous les biens qui sont réputés immeubles, sauf, nous le verrons, les immeubles fictifs ( ). Tous ces biens, à la condition que le mari en fût propriétaire lors du mariage, ou qu'ils lui soient advenus de ses père et mère et autres ascendants pendant la durée du mariage, sont affectés au douaire de la femme. On discutait, dans l'ancien droit, la question de savoir si la femme avait droit au douaire avant la con-

(*a*) *Douaire*, n° 145.

(*b*) Pothier, n° 22.

sommation du mariage, mais on avait fini par lui reconnaître ce droit à compter de la bénédiction nuptiale (*a*). C'est dans ce sens qu'est rédigé notre article.

Cependant, il y a ici à distinguer entre le douaire stipulé par contrat de mariage et celui qui résulte du mariage lorsque le contrat n'en parle pas où qu'aucun contrat n'a été fait. En effet, aux termes de l'article 1433 " le droit au douaire préfix " court de la date du contrat de mariage, et celui au douaire " coutumier à compter de la célébration, ou de la date du con- " trat, s'il y en a un et que le douaire y ait été stipulé."

Cette disposition est conforme à l'interprétation que l'article 248 de la coutume de Paris recevait dans l'ancien droit (*b*). Les époux, lorsqu'ils font un contrat de mariage. considèrent leurs biens au moment de ce contrat, et la femme compte sur les immeubles que le mari possède alors, comme devant lui fournir son douaire. Il serait donc injuste que le mari pût aliéner un de ces immeubles avant la célébration du mariage, de manière à le soustraire au douaire de sa femme. Ce serait lui permettre indirectement de changer les conventions matrimoniales sans le consentement de sa femme (*c*).

En vertu du même principe, il faut décider que si le mari acquiert un immeuble dans l'intervalle entre le contrat de mariage stipulant douaire et la célébration du mariage, cet immeuble ne sera pas sujet au douaire de la femme (*d*). Ce serait encore changer le contrat de mariage d'une manière indirecte que d'affecter cet immeuble au douaire. D'ailleurs, l'immeuble acquis dans cet intervalle tombe dans la communauté si l'acquisition n'a pas été faite en exécution de quelque clause du contrat (art. 1275), et, comme nous le verrons, le douaire ne porte que sur les propres du mari.

Quand il n'y a pas de contrat, la seule date d'où puisse courir le droit au douaire, c'est celle de la célébration du mariage.

Revenant maintenant à l'article 1434, nous constatons qu'il y a deux espèces d'immeubles qui sont sujets au douaire coutumier:

(*a*) Laurière, sur l'art. 248 de la coutume de Paris; Pothier, n° 41.

(*b*) Renusson. *Douaire*, ch. 3, nos 4 et suiv.

(*c*) Bien entendu, tel changement peut se faire du consentement de la femme en se conformant aux conditions prescrites par l'article 1266.

(*d*) Renusson, *loco citato*.

1° Ceux dont le mari était propriétaire lors du mariage (*a*);

2° Ceux qui lui sont échus en ligne directe descendante pendant la durée du mariage.

Quant aux immeubles dont le mari était propriétaire lors du mariage, il faut y comprendre même ceux qui sont entrés depuis le mariage dans son patrimoine en vertu d'un droit qui lui appartenait au moment du mariage. Ainsi le mari avait à cette époque un droit conditionnel, et la condition s'est réalisée depuis le mariage, ou bien il avait un droit de réméré ou de retrait conventionnel, qu'il a exercé subséquemment; dans tous ces cas et autres semblables, l'immeuble deviendra sujet au douaire, mais si le mari à dû payer une somme d'argent pour exercer son droit, la femme sera obligée d'en payer l'intérêt, et les enfants le capital, aux héritiers du mari, pendant la durée de sa jouissance (*b*).

Quid de l'immeuble dont le mari était copropriétaire lors du mariage et qui lui est ensuite échu par l'effet du partage? Pothier (n° 32) tenait que le mari étant censé, à cause de l'effet retroactif du partage, avoir été propriétaire de cet immeuble depuis l'ouverture de la succession ou de l'acquisition en commun, cet immeuble se trouvait affecté au douaire de la femme (*c*), sauf aux héritiers du mari à lui faire payer l'intérêt de tout retour que celui-ci avait dû verser à ses cohériters ou copropriétaires.

Il faut que le mari ait été propriétaire de ces biens, mais on enseigne qu'ils seront sujets au douaire si le mari les détenait en vertu d'un bail emphytéotique, car ce bail confère au preneur le domaine utile de la chose (Pothier, n° 27). Et quant au droit

---

(*a*) L'insolvabilité du mari au jour du mariage n'empêche pas les immeubles qu'il possédait alors de devenir sujets au douaire coutumier: juge Berthelot, *Filion* v. *De Beaujeu*, 5 L. C. J., p. 128.

(*b*) Pothier, nos 30 et suiv. Il faut que la cause de l'acquisition soit antérieure au mariage (*ex causâ antiquâ*). Ainsi si le mari a fait révoquer une donation qu'il avait faite avant le mariage, pour cause d'ingratitude survenue depuis, on ne peut dire que le mari ait été propriétaire de l'immeuble lors du mariage, car la révocation ne rétroagit pas (art. 815).

(*c*) Le juge Berthelot, dans une cause de *Filion* v. *De Beaujeu* (5 L. C. J., p. 128), a décidé que cette règle ne s'appliquerait pas au douaire coutumier de la seconde femme et des enfants d'un second mariage, qui ne devrait consister que dans le quart d'un immeuble acquis pendant la première communauté, quoique par l'effet du partage de la communauté fait après le second mariage le mari soit devenu propriétaire de la totalité de l'immeuble.

d'usufruit, étant immobilier, il sera assujetti au douaire, mais seulement, on le comprend, lorsqu'il ne doit pas cesser par la mort du mari (même auteur, n° 25).

La deuxième catégorie de biens qui sont affectés au douaire, ce sont les immeubles qui échoient au mari de ses père et mère ou autres ascendants pendant la durée du mariage. Mais il faut qu'ils soient échus au mari par succession légitime ou testamentaire, ou à un titre équipollent à succession, comme par une donation en avancement d'hoirie (Pothier, n° 38).

Ces biens, pour être sujets au douaire, doivent être échus au mari de ses père et mère ou autres ascendants. Lorsque le mari est appelé à une substitution, il importe peu que le grevé soit son ascendant ou un étranger; les biens ne seront affectés au douaire que lorsque le substituant est un ascendant, car c'est de lui que l'appelé les tient (art. 962) (*a*).

Quant aux dettes de la succession de l'ascendant, d'après les principes du droit elles diminuent la valeur du douaire coutumier; mais la douairière a le droit d'obtenir la possession de la partie de l'immeuble affecté à son douaire, et après le règlement de la réclamation des héritiers pour les dettes, la douairière sera obligée de payer à ces derniers l'intérêt sur la part des dettes qui sera attribuée à la partie des immeubles qu'elle a le droit de prendre pour son douaire: cour d'appel, *Toupin* & *Vézina*, R. J. Q., 9 B. R., p. 406.

On le voit, ce sont précisément les biens qui n'entrent pas dans la communauté légale qui sont sujets au douaire, car la femme ne peut avoir sur un même immeuble tout à la fois un droit de communauté et un droit de douaire (*b*). Pour cette raison même la femme ne peut exercer son douaire sur les immeubles que le mari à ameublis pour les faire entrer en communauté (*c*). Cette décision repose d'ailleurs sur un autre motif: ces immeubles ne sont censés meubles qu'en vertu d'une fiction créée par les parties pour les fins de leur communauté seulement. La même règle s'applique aux meubles réalisés également réputés immeubles par une fiction analogue.

C'est du reste ce que porte l'article 1435 en ces termes:—

1435. " Les héritages que le mari à ameublis, suivant la clause

(*a*) Pothier, n° 43.

(*b*) On se rappellera qu'il s'agit ici du douaire coutumier, car, quant au douaire préfix, la convention des parties à libre jeu.

(*c*) Voy. en ce sens: *Moreau* v. *Mathews*, 5 L. C. R., p. 325, et *Toussaint* v. *Leblanc*, 1 L. C. R., p. 25.

" d'ameublissement, pour les faire entrer dans la communauté, " ne sont pas sujets au douaire coutumier.

" N'y sont également pas sujets les immeubles fictifs se com- " posant d'objets mobiliers que le mari s'est réservés propres, " par la clause de réalisation, pour les exclure de la commu- " nauté."

La disposition des articles 1434 et 1435 suffit pour régir le douaire auquel donne naissance un premier mariage, car alors les biens possédés par le mari à la date de son mariage ne sont pas affectés à un douaire antérieur. La question, au contraire, se complique quand le mari, débiteur d'un douaire coutumier en faveur des enfants de son premier mariage, convole en secondes noces. L'article 1436, qui prévoit cette hypothèse, se lit comme suit:—

1436. " Le douaire coutumier résultant d'un second mariage, " lorsqu'il y a des enfants nés du premier, consiste dans la moi- " tié des immeubles appartenant au mari, lors du second ma- " riage, non affectés au douaire antérieur, ou qui lui échoient " de ses père et mère et autres ascendants pendant sa durée.

" Il en est ainsi pour tous les mariages ultérieurs qu'il peut " contracter, ayant des enfants de mariages précédents."

Il n'y a guère de difficulté quant aux immeubles qui échoient au mari de ses père et mère ou autres ascendants pendant la durée du second mariage, car ces immeubles ne peuvent être affectés à d'autre douaire qu'à celui dû en vertu de ce mariage même. Au contraire, la règle de notre article, en ce qui se rapporte aux immeubles qu'avait le mari à l'époque du second mariage, a besoin d'être bien entendue.

Les codificateurs disent: " les articles 253 et 254 de la coutu- " me de Paris, relatifs au douaire coutumier résultant des se- " conds mariages, sont résumés dans le présent (l'article 1436). " Dans ce résumé, l'on s'est efforcé de comprendre en aussi peu " de termes que possible, les dispositions de ces deux articles, " qui sont longs, compliqués et assez difficiles à saisir."

Je ne suis pas sûr que les codificateurs aient fidèlement analysé l'article 253 de la coutume de Paris (*a*). Aux termes de cet article, " quand le père à été marié plusieurs fois, le douaire cou- " tumier des enfants du premier lit est la moitié des immeubles " qu'il avait lors du dit premier mariage, et qui lui sont avenus " pendant icelui mariage, en ligne directe; et le douaire coutu- " mier des enfants du second lit est le quart des dits immeubles,

---

(*a*) Je ne parle pas pour le moment de l'art. 254, qui prévoit le cas du décès des enfants du premier mariage pendant le second mariage.

" ensemble moitié, tant de la portion des conquêts appartenant " au mari, faits pendant le premier mariage, que des acquêts " par lui faits depuis la dissolution du dit premier mariage, jus- " qu'au jour de la consommation du second, et la moitié des im- " meubles qui lui échoient en ligne directe pendant le dit se- " cond mariage, et ainsi conséquemment des autres mariages."

Pothier (n° 46) nous explique cet article, qui n'est que l'énonciation de la règle *douaire sur douaire n'a lieu*, en disant que le douaire du second mariage, lorsqu'il y a des enfants du premier, " n'est que du quart sur les héritages qui, au temps de ce second " mariage, se trouvent déjà engagés au douaire du premier, et il " n'est de la moitié que sur les héritages qui n'y sont point en- " gagés. Pareillement, lorsque c'est un troisième mariage que " l'homme contracte, le douaire de ce troisième mariage ne peut " être que d'un huitième sur les héritages qui, au temps de ce " troisième mariage, se trouvent déjà engagés, tant au douaire " du premier qu'à celui du second; du quart sur ceux qui ne sont " engagés qu'au douaire de l'un des deux; et il n'est de la moitié " que sur les héritages qui, au temps de ce troisième mariage, se " trouvent n'être sujets à aucun des douaires des précédents " mariages."

Tout cela est fort clair. Il n'existait aucun conflit entre les divers douaires, quelque nombreux qu'ils fussent, et le même immeuble pouvait se trouver affecté à plusieurs douaires, le premier douaire portant sur la moitié de cet immeuble, le deuxième douaire sur le quart, le troisième sur le huitième et ainsi de suite. En définitive, chaque douaire se prenait sur les immeubles ou portions d'immeubles libres que possédait le mari lors du deuxième, troisième ou quatrième mariage.

Mais est-ce bien là le système que l'article 1436 consacre? A première vue la négative semble certaine. En effet, cet article ne paraît assujétir, au douaire du second mariage, que " la moitié " des immeubles appartenant au mari, lors du second mariage, " non affectés au douaire antérieur." Donc il suffirait, semble-t-il, qu'un immeuble possédé par le mari, lors du second mariage, fût affecté au douaire du premier mariage, pour le soustraire tout entier au douaire du second mariage.

Cependant, il est clair, par le passage que j'ai rapporté plus haut, que telle n'a pas été la pensée des codificateurs, qui ne songeaient qu'à donner à l'article 253 de la coutume de Paris une rédaction moins obscure. Je crois donc que le système de la coutume de Paris nous régit encore. Il est sans doute un peu compliqué, il donne à plusieurs catégories de personnes des droits similaires dans un même immeuble, mais sans conflit pos-

sible entre ces droits, et lorsqu'il y a plusieurs mariages, il multiplie presque indéfiniment le nombre des propriétaires, mais ce n'est là que la conséquence logique du principe posé dans l'article 1434.

Les codificateurs, cependant, ne paraissent pas avoir résumé, dans l'article 1436, la disposition de l'article 254 de la coutume de Paris qui prévoyait un cas particulier. Ainsi, les enfants du premier mariage meurent avant leur père pendant le second mariage. Leur droit est donc caduc, mais le mari seul en profite, d'après l'article 254, et la veuve et autres enfants du second mariage n'ont que le douaire qu'ils auraient eu, si les enfants du premier mariage eussent été encore vivants (*a*). En effet, c'est au moment du second mariage uniquement qu'il faut se placer pour déterminer l'étendue du douaire auquel ce mariage donne naissance. Il n'y a aucun doute que le principe de l'article 254 de la coutume de Paris doit être admis dans notre droit. Au cas de prédécès des enfants du premier mariage, il faut assimiler leur renonciation ou leur acceptation de la qualité d'héritiers de leur père (*b*).

Quid, si le contrat du premier mariage à stipulé exclusion de douaire; le droit de la femme et des enfants du second mariage sera-t-il limité au quart des immeubles que le mari possédait au jour du premier mariage? La question était controversée dans l'ancien droit, et Pothier (n° 48) — qui cite les auteurs pour et contre, et l'affirmative ralliait le plus de suffrages—ne se prononce pas lui-même. Je crois que nous devons accueillir la négative, car si les termes de l'article 253 de la coutume de Paris permettaient de soutenir l'affirmative, ceux de notre article. " immeubles appartenant au mari, lors du second mariage, *non* " *affectés* au douaire antérieur," font bien voir que le douaire du second mariage se prend sur les immeubles ou les portions d'immeubles du mari qui, lors du second mariage, sont libres de tout douaire antérieur. Or tel est le cas lorsque le premier mariage à été contracté avec clause d'exclusion de douaire.

Je note, cependant, que Pothier (n°s 49 et 50) enseignait que si le contrat du premier mariage stipulait un douaire préfix d'une somme d'argent, comme ce douaire affectait les immeubles appartenant au mari, le douaire coutumier du second mariage ne serait que du quart de ces immeubles, ou du moins, il faudrait

(*a*) Il est à peine nécessaire de dire qu'il en serait autrement si ces enfants étaient décédés pendant le premier mariage.

(*b*) Comp. Pothier, n° 47.

distraire des immeubles du mari, une portion suffisante pour acquitter le douaire du premier mariage, et si ce douaire préfix excédait le douaire coutumier, et était, par exemple, des deux tiers des immeubles du mari, il faudrait distraire ces deux tiers, et n'accorder, pour le douaire du second mariage, que la moitié du tiers restant des héritages, soit un sixième du total.

Je crois que cette doctrine ne peut être adoptée dans une forme aussi absolue. Nous n'avons pas d'hypothèque générale dans notre droit, et le douaire préfix qui n'est pas spécialement garanti par hypothèque n'affecte pas plus les immeubles du mari qu'une créance ordinaire. D'ailleurs le code déclare que le douaire préfix qui consiste en une somme de deniers à une fois payer, est à toutes fins réputé mobilier (art. 1470). Mais s'il y avait constitution d'hypothèque par le contrat du premier mariage, nous pourrions accueillir la solution de Pothier, car alors il y a des immeubles affectés au paiement d'un douaire antérieur.

§ IV. *En quoi consiste le douaire préfix.*

Il est impossible de donner une réponse absolue à cette question, car il s'agit d'une matière où la convention des parties à libre jeu (*a*). Le code ne règle que l'étendue du droit que confère le douaire préfix quand les parties ne s'en sont pas expliquées elles-mêmes. C'est là le but de l'article 1437, qui se lit comme suit:—

1437. " Le douaire préfix, à défaut de convention contraire, " consiste aussi dans l'usufruit pour la femme et dans la pro- " priété pour les enfants de la portion des biens meubles ou im- " meubles qui le constitue d'après le contrat de mariage.

" Il est cependant permis de modifier ce douaire à volonté, " de stipuler par exemple qu'il appartiendra à la femme en plei- " ne propriété, à l'exclusion des enfants, et sans retour, ou que " le douaire de ces derniers sera différent de celui de la mère."

Le deuxième alinéa de cet article n'était pas nécessaire, car, encore une fois, la convention des parties est libre. Mais tout l'ensemble de la disposition de l'article 1437 fait voir que la présomption, en l'absence d'une stipulation contraire, c'est que le douaire préfix est constitué en usufruit seulement pour la femme et en propriété pour les enfants.

(*a*) Ainsi la convention dans un contrat de mariage que " au lieu de " douaire, la femme, en cas de survie à son mari, recevra pendant sa " vie les intérêts d'une certaine somme dont les enfants auront la pro- " priété, et à défaut les héritiers du mari," participe de la nature d'un douaire préfix: cour de revision, *Morrison* v. *Sauvageau*, 4 R. L., p. 455.

Il va sans dire que le douaire préfix peut excéder le douaire coutumier; cela n'a jamais fait doute sous la coutume de Paris (*a*).

Quelquefois le douaire préfix de la femme est stipulé *sans retour*. Quel est le sens de cette expression et cette stipulation a-t-elle l'effet de donner à la femme la propriété même de son douaire ou seulement l'usufruit de la chose ou de la somme objet de ce douaire? D'après Renusson (*Douaire*, ch. 4, nos 17 et suiv.), la femme n'est pas propriétaire du douaire dans ce cas, mais n'en a que l'usufruit, les enfants issus du mariage en ayant la propriété. Le douaire ne fait jamais retour à la succession du mari, et si les enfants acceptent cette succession, ils ne peuvent prétendre aucune part au douaire, ce qui semblerait entraîner la conséquence que la femme en serait alors propriétaire. Ce n'est d'ailleurs que l'application des principes qui régissent le douaire, lequel, sans une stipulation expresse, ne fait jamais retour à la succession du mari, que lorsqu'il est devenu caduc par le prédécès de la femme, ou par le prédécès des enfants lorsque la mère survit à son mari.

Mais la cour de revision à Québec (Casault, Routhier et Caron, JJ.) a jugé que la femme, après le décès de son mari, lorsqu'il y a eu survenance d'enfants, est propriétaire, à l'exclusion de ces derniers, du douaire préfix stipulé en son contrat de mariage, à une fois payer et sans retour: *Lacerte* v. *Boisvert*, 17 Q. L. R., p. 110. Le juge Casault, qui a parlé au nom de la cour, paraît admettre que sous l'empire de la coutume de Paris, la stipulation du douaire sans retour n'exclurait pas les enfants qui se portent douairiers, mais il croit que l'article 1437 de notre code autorise la solution contraire. Je ne pense pas que cet article ait innové au droit et à la jurisprudence antérieurs au code. D'après ses termes, on peut bien stipuler que le douaire "appartiendra à la femme en pleine propriété, à l'exclusion des enfants, et sans retour," mais comme il s'agit ici d'une exception au droit commun, je ne donnerais pas un effet aussi étendu aux seuls mots *sans retour*, lesquels, d'après leur sens ordinaire, n'empêcheraient le douaire que de revenir à la succession du mari, comme il arrive en cas de caducité, mais ne s'opposeraient pas à la dévolution normale du douaire aux enfants douairiers. Il me paraît donc plus sage d'interpréter l'article 1437 comme on interprétait autrefois la coutume de Paris.

Sur quels biens le douaire préfix se prend-il?

(*a*) Comp. Pothier. n° 127.

Nous avons vu que le douaire coutumier porte sur des biens qui n'entrent pas dans la communauté légale, de sorte qu'il n'y a jamais confusion entre le douaire et la part de communauté qui appartient à la femme. Sous ce rapport, il y a assimilation parfaite entre le douaire préfix et le douaire coutumier; ni l'un ni l'autre ne se prennent sur les biens communs, mais uniquement sur la part du mari dans la communauté et sur ses biens propres. C'est là le but et le sens de l'article 1440, qui se lit comme suit:

1440. " Le douaire préfix se prend sur les biens du mari seul."

On voit donc que la femme peut accepter la communauté et exercer son droit de douaire préfix sur les biens qui restent au mari (*a*).

La stipulation, dans un contrat de mariage, d'un douaire préfix en argent " à prendre sur les biens les plus apparents du futur époux " ne signifie pas que la somme ne sera payée qu'après acquit des dettes de la succession du mari, mais que la femme le prendra sur les biens dont l'existence sera la plus claire et la moins sujette à discussion: juge Casault, *Dessaint* v. *Ladrière*, 16 Q. L. R., p. 277.

§ V. *De l'ouverture du douaire.*

J'ai dit que le douaire est un gain de survie. Il faut donc que le mari prédécède sa femme ou ses enfants. Si à sa mort sa femme vit encore, elle entre en jouissance de son douaire, et ses enfants, s'ils n'acceptent pas la succession de leur père, se trouvent les nus propriétaires des biens sur lesquels le douaire porte. Si la femme prédécède son mari, mais qu'au décès de ce dernier il reste des enfants issus du mariage, qui ne se portent pas héritiers de leur père, le douaire leur appartient en pleine propriété. Enfin, si le mari survit à sa femme et à ses enfants, ou bien si ceux-ci, à la mort de leur père, renoncent au douaire, ou, ce qui revient au même, s'ils acceptent la succession de leur père, le douaire est caduc (*b*).

(*a*) La femme qui devient légataire universelle de son mari ne peut réclamer du légataire particulier un douaire attaché sur l'immeuble qui fait l'objet du legs particulier: juge Johnson, *Kirby* v. *Ross*, 5 R. L., p. 453. Mais si elle renonce à la succession testamentaire de son mari, cette renonciation ne sera pas affectée par le fait que, comme exécutrice du testament, elle se serait approprié une certaine somme en déduction de son douaire préfix: juge Mackay, *Ackerman* v. *Gauthier*, 4 R. L., p. 224.

(*b*) Il y a également caducité au profit des héritiers du mari, au décès de la femme, lorsque celle-ci seule a survécu à son mari.

En peu de mots, voilà toute la théorie de la loi sur l'ouverture du douaire. L'article 1438 énonce du reste le même principe et règle quelques cas particuliers en ces termes:—

1438. "Le douaire coutumier ou le préfix est un gain de "survie qui est ouvert par la mort naturelle du mari.

"Rien n'empêche cependant que le douaire ne soit ouvert et "rendu exigible par la mort civile du mari, ou par la séparation "soit de corps et de biens, soit de biens seulement, lorsque cet "effet résulte des termes du contrat de mariage.

"Il peut également être exigé, au cas de l'absence du mari, "sous les circonstances et conditions exprimées aux articles "109 et 110."

Il y a dans cet article, une règle et deux exceptions.

La règle, c'est que le douaire ne s'ouvre que par la mort naturelle du mari. C'est l'application de l'adage; *jamais mari ne paya douaire.* Donc, en principe, le douaire n'échoit qu'au décès du mari (*a*).

Les deux exceptions visent: 1° le cas où, par suite d'une stipulation spéciale, la mort civile du mari, ou la séparation de corps et de biens, ou de biens seulement, donne ouverture au douaire; 2° le cas de l'absence du mari.

Il n'y a pas de difficulté quant à la règle. La mort naturelle du mari, du vivant de la femme ou des enfants, fait réaliser la condition de survie à laquelle est subordonné le douaire. Cette mort saisit immédiatement la femme de son douaire, et il n'était pas besoin, dans l'ancienne jurisprudence, d'en faire la demande, comme dans le cas de legs. Et quant à la première exception au sujet de la mort civile ou de la séparation de corps ou de biens, il faut consulter les termes de la convention, puisque cette ouverture du douaire doit être stipulée (*b*).

(*a*) Cette condition est absolue et la femme ne peut réclamer son douaire du vivant de son mari pour la raison que celui-ci est insolvable ou en faillite: cour de revision, *Morrison* v. *Simpson*, 3 R. L., p. 422, et 1 R. C., p. 243; juge Badgley, *Masson* v. *Leslie*, 10 L. C. J., p. 233; cour d'appel, *Workman & Renny*, 23 L. C. J., p. 324, 2 L. N., p. 82, et 10 R. L., p. 412; juge Archibald, *Bilodeau* v. *Benoit*, R. J. Q., 20 C. S., p. 240. Des lois fédérales qui régiraient la faillite ne pourraient pas affecter sur ce point notre loi provinciale qui régit le douaire: cour de revision, *Morrison* v. *Sauvageau*, 4 R. L., p. 455.

(*b*) Cette stipulation doit être très formelle: cour d'appel, *Mercier & Blanchet*, 1 R. de L., p. 122. Ainsi la femme aura le droit de réclamer le douaire dans le cas de séparation de biens judiciaire s'il a été stipulé par le contrat de mariage que le douaire aura lieu "arrivant la dissolution de la communauté par mort ou autrement:" juge T.-J.-J. Loranger, *Parent* v. *Tonnancour*, 1 R. L., p. 50.

Le cas de l'absence du mari demande un peu plus d'explication. L'article 1438 nous renvoie aux articles 109 et 110. On peut également consulter l'article 100 qui porte que si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, pendant la possession provisoire, les effets du jugement qui l'a ordonnée cessent (*a*). Donc il est certain que l'ouverture à laquelle l'absence du mari donne lieu n'est pas définitive, mais que le retour de l'absent ou l'envoi de ses nouvelles obligeront la femme à rendre ce qu'elle a reçu.

Reste la question de l'ouverture même du douaire et des cas où elle aura lieu. L'article 1438 nous dit que le douaire peut être exigé dans les circonstances et conditions exprimées aux articles 109 et 110. L'article 109 permet aux héritiers présomptifs de l'absent ou à son conjoint de demander la dissolution de la communauté, après le temps requis pour se faire envoyer en possession des biens de l'absent. Et l'article 110 ajoute que les conventions et droits des conjoints subordonnés à la dissolution de leur communauté, deviennent alors exécutoires et exigibles.

Combinant ces dispositions avec celle de l'article 1438, je conclus que l'épouse de l'absent, ou ses enfants si elle est prédécédée, peuvent réclamer le douaire après le temps requis pour se faire envoyer en possession des biens de l'absent.

L'article 1438 parle des conditions exprimées aux articles 109 et 110. Ces articles ne mentionnent pas de condition proprement dite. Cependant, nous trouvons une condition à l'article 111, qui dit que si c'est le mari qui est absent, la femme peut se faire mettre en possession de tous les gains et avantages matrimoniaux lui résultant de la loi ou de son contrat de mariage, mais à la condition de fournir bonne et suffisante caution de rendre compte et de rapporter, au cas de retour, tout ce qu'elle aura ainsi reçu.

Il ne paraît pas douteux que la femme ou les enfants, qui réclament le douaire en cas de l'absence du mari, doivent fournir ce cautionnement. L'article 111 se sert de termes assez généraux pour comprendre le douaire, et il importe peu que l'article 1438 n'y ait point renvoyé (*b*).

(*a*) Voy. aussi l'art. 101.

(*b*) L'ouverture du douaire, dans le cas de l'absence du mari, est donc moins avantageuse pour la femme que celle qu'entraîne sa mort, puisque, dans ce dernier cas, elle jouit du douaire à sa caution juratoire (art. 1454).

Nous avons vu que la femme et les enfants ont droit au douaire. La femme d'abord en jouit en usufruit et ses enfants en ont la nue propriété; au décès de la femme, ou immédiatement, si elle est prédécédée, les enfants en ont la propriété et la jouissance. Si, au décès du mari, il n'y a ni femme ni enfants, le douaire est caduc. Enfin, si au décès de la douairière,—lorsque celle-ci n'a pas, par la convention, la propriété du douaire—il ne reste plus d'enfants, le douaire fait retour à la succession du mari.

C'est ce que porte l'article 1439 en ces termes:—

1439. " Si la femme est vivante lors de l'ouverture du douaire, " elle entre de suite en jouissance de son usufruit; ce n'est qu'à " son décès que les enfants peuvent prendre possession de la " propriété.

" Si la femme prédécède, les enfants jouissent du douaire en " propriété dès l'instant de son ouverture.

" Au cas du prédécès de la femme, si, au décès du mari, il n'y " a aucuns enfants ou petits-enfants vivants, nés du mariage, le " douaire est éteint et reste dans la succession du mari."

A l'égard des enfants, le droit au douaire constitue un véritable droit de succession, et c'est pour cette raison que les petits-enfants sont admis à recueillir leur part du douaire par représentation de leur père ou mère prédécédé. Si la femme n'a pas d'enfants, elle aura bien l'usufruit de son douaire, mais à l'extinction de cet usufruit, ce douaire, en l'absence de convention contraire, fera retour à la succession du mari.

J'ai dit que dans l'ancien droit le femme n'avait pas besoin de demander délivrance de son douaire, comme en matière de legs, mais qu'elle en était saisie de plein droit, et il en était de même des enfants (*a*). Il était à peine nécessaire de poser ce principe dans notre droit, où la saisine testamentaire s'opère, comme la saisine *ab intestat*, sans qu'aucune action en délivrance de legs soit nécessaire. Le code a cependant reproduit l'ancienne règle à l'article 1441, qui se lit comme suit:—

1441. " La femme et les enfants sont saisis de leur droit res- " pectif dans le douaire à compter de son ouverture, sans qu'il " soit besoin d'en faire demande en justice; cependant cette de- " mande est nécessaire contre les tiers acquéreurs pour faire " courir à leur égard les fruits des immeubles et les intérêts des

---

(*a*) Avant la réformation de la coutume de Paris, l'action en réclamation du douaire était nécessaire.

" capitaux qu'ils ont acquis de bonne foi, sujets ou affectés au " douaire (*a*)."

La règle qu'énonce cet article quant à la saisine de la femme et des enfants n'a pas besoin d'autre explication. L'exception à l'égard des tiers acquéreurs est la conséquence de la disposition des articles 411 et 412. En effet, le possesseur de bonne foi gagne les fruits contre le véritable propriétaire, et il est de bonne foi lorsqu'il possède en vertu d'un titre dont il ignore les vices, ou l'avènement de la cause résolutoire qui y met fin, cette bonne foi ne cessant néanmoins que du moment où ces vices ou cette cause lui sont dénoncés par interpellation judiciaire (*b*). Ce possesseur, jusqu'à l'ouverture du douaire, ne peut prescrire le fonds contre la femme ou les enfants (*c*), mais à commencer de cette ouverture, sa possession devient utile à la prescription, et il gagne les fruits jusqu'à la demande en justice dirigée contre lui par la femme ou les enfants (*d*).

Ajoutons que l'exception que consacre l'article 1441 en faveur des tiers acquéreurs était reconnue par l'ancien droit (*e*).

Le tiers de mauvaise foi, il va sans dire, ne bénéficie pas de

---

(*a*) La rédaction de cet article prête à équivoque. Les mots " qu'ils ont acquis de bonne foi " peuvent se référer aux immeubles ou capitaux ou bien aux fruits et intérêts de ces immeubles ou capitaux. La première interprétation me paraît la bonne, car le possesseur de bonne foi seul gagne les fruits. Mais avec l'une ou l'autre interprétation nous arrivons au même résultat.

(*b*) Voy. l'explication des articles 411 et 412 en mon tome 2, pp. 481 et suiv.

(*c*) Et il en est de même du second acquéreur de bonne foi. Laurière sur l'art. 249 de la coutume de Paris.

(*d*) C'est du reste ce que l'article 1449 décrète en ces termes :

1449. " L'acquéreur de l'immeuble sujet ou hypothéqué au douaire " ne prescrit ni contre la femme, ni contre les enfants, tant que ce " douaire n'est pas ouvert.

" La prescription court contre les enfants majeurs, du vivant de la " mère, à compter de l'ouverture du douaire."

Voy. au même effet l'article 2235.

Le paiement ou la reconnaissance d'une partie du douaire par l'acquéreur n'interromprait pas la prescription quant aux autres parties du douaire non réclamées : juge J.-T. Taschereau, *Bisson* v. *Michaud*, 12 L. C. R., p. 214. Cependant, cette solution ne serait pas exacte si l'objet du douaire était une somme d'argent.

(*e*) Pothier, *Douaire*, n° 189. Le même auteur enseigne que comme le mari n'a pu préjudicier à la femme, en aliénant les héritages sujets au douaire, dont elle aurait partagé les fruits du jour de l'ouverture du douaire, elle en doit être indemnisée par l'héritier du mari.

cette exception, il doit rendre les fruits. Et quant aux impenses faites par les tiers de bonne ou de mauvaise foi, il n'y a qu'à appliquer les principes expliqués ailleurs (*a*).

Ainsi, la femme doit revendiquer son douaire contre les tiers acquéreurs de bonne foi, si elle veut les forcer de lui restituer les fruits (*b*). L'aliénation, bien entendu, ne peut lui être opposée si son douaire est enregistré (*c*), tant que la prescription n'est pas acquise. C'est ce principe que pose en ces termes l'article 1443:

1443. " L'aliénation faite par le mari, de l'immeuble sujet ou "affecté au douaire, non plus que les charges et hypothèques dont " il peut le grever, avec ou sans le consentement de sa femme, " n'altèrent aucunement le droit de cette dernière, ni celui de " ses enfants, à moins qu'il n'y ait renonciation expresse confor- " mément à l'article qui suit.

" Sont également sans effet à l'égard de l'une et des autres, " sous la même exception, l'aliénation ainsi faite et les charges " ainsi imposées même au nom et avec le consentement de la " femme, quoique autorisée de son mari (*d*)."

(*a*) Voy. mon tome 2, pp. 496 et suiv.

(*b*) Mais elle n'a droit aux fruits et revenus de l'immeuble qu'à partir de l'institution de l'action: juge Taschereau, *Lamirande* v. *Lalonde*, M. L. R., 4 S. C., p. 55, et 18 R. L., p. 671.

(*c*) Je reviendrai sur la question de l'enregistrement du douaire.

(*d*) Le douaire coutumier existe donc, non seulement sur les immeubles que le père avait lors de son mariage ou qui lui sont échus depuis en ligne directe descendante, et qu'il n'a pas aliénés, mais encore sur ceux qu'il a aliénés, si la mère n'a pas renoncé à son douaire tant pour elle que pour ses enfants: cour d'appel, *Bétournay* & *Moquin*, 2 D. C. A., p. 187.

Une rétrocession volontaire faite pour cause d'inexécution des clauses du contrat de cession originaire, n'a pas l'effet de purger l'immeuble rétrocédé du douaire coutumier dont il est devenu grevé: juge Berthelot, *Filion* v. *De Beaujeu*, 5 L. C. J., p. 128.

Je puis citer ici deux décisions rendues avant le code, et qui concernent le droit de discussion que peut avoir le tiers acquéreur d'un immeuble affecté par le douaire. Le juge T.-J.-J. Loranger, dans une cause de *Lepage* v. *Chartier*, 2 L. C. J., p. 29, a jugé que le tiers acquéreur pouvait alléguer par exception et prouver que le père avait laissé dans sa succession des biens sujets au douaire coutumier d'une valeur suffisante pour y satisfaire. D'après une décision de la cour supérieure, en 1857, présidée par les juges Day, Mondelet et Chabot (*Benoit* v. *Tanguay*, 1 L. C. J., p. 168), on tenait même que si plusieurs immeubles affectés par le douaire coutumier avaient été successivement aliénés, le douairier était tenu de s'adresser d'abord à l'acquéreur de l'immeuble aliéné en dernier lieu, et ainsi de suite jusqu'au premier. Mais cette exception ne pouvait être invoquée dans le cas de douaire préfix.

La loi protège la femme contre le consentement inconsidéré qu'elle aurait donné à la vente que le mari a faite ou à l'hypothèque qu'il a consentie de l'immeuble sujet ou affecté au douaire. Il importerait peu que la femme se fût elle-même portée venderesse ou qu'elle aurait garanti la vente. L'existence d'un droit de garantie contre elle—si elle peut se lier par une telle obligation—ne l'empêcherait pas de revendiquer son douaire. En un mot aucune renonciation implicite ne peut lui être opposée, et il en est de même des enfants. Il faut que la renonciation de la femme soit expresse, et alors, comme nous allons le voir, elle lie les enfants (*a*).

Les codificateurs font remarquer que la première partie de l'article 1443 est conforme à l'ancien droit, mais qu'il y a innovation en tant que cet article décrète que le simple consentement de la femme n'affecte en rien son droit ni celui de ses enfants. Ils ajoutent qu'autrefois, si la femme aliénait avec son mari, elle ne liait pas ses enfants, mais elle se liait elle-même, si bien, qu'étant garante de l'acquéreur, elle ne pouvait le troubler dans sa jouissance; qu'ainsi elle perdait son usufruit, mais, à son décès, ses enfants entraient en possession de la propriété, nonobstant l'aliénation de leur mère (*b*). "Sous ce rapport," continuent les codificateurs, "l'ancienne jurisprudence a été "changée; l'obligation de garantie que contracte la femme en "aliénant conjointement avec son mari, est nulle et sans effet, "depuis que notre législature a déclaré (S. R. B. C., ch. 37, sec. "42), que la femme ne peut valablement s'obliger pour son mari, "que comme commune en biens seulement. La garantie qu'elle "contracte, dans le cas posé, est donc nulle, et c'est pour cette "raison que l'article déclare que l'aliénation de l'immeuble sujet "au douaire, fait avec ou sans le consentement de la femme, "même avec l'autorisation de son mari, est sans effet, non seu-

---

(*a*) Il est vrai que la cour d'appel, *Girouard & Fredette*, 4 D. C. A., p. 39, a jugé que la femme qui avait vendu conjointement avec son mari l'immeuble que ce dernier avait reçu en échange de celui qui avait été affecté au douaire, avait par là ratifié cet échange et perdu le droit qu'elle avait de réclamer son douaire sur l'immeuble donné en échange. Mais, dans l'espèce, il s'agissait d'une vente de beaucoup antérieure au code civil. Or, nous sommes en présence ici d'une disposition qui est de droit nouveau. Voy., quant à la doctrine énoncée dans le texte, les remarques de feu le juge Ramsay, dans la cause d'*Ericksen & Cuvillier*, 25 L. C. J., p. 89.

(*b*) Voy. la cause de *Massue & Morley*, 14 L. C. J., p. 308, décidée par la cour d'appel, sous l'empire de l'ancien droit. La femme avait renoncé, pour considération, ses droits sur l'immeuble affecté de son douaire, et il fut jugé que cette renonciation de la femme ne liait pas ses enfants.

“ lement à l’égard des enfants, mais même à l’égard de la femme, “ sauf l’exception de l’article suivant.”

Le motif que les codificateurs invoquent pour innover à l’ancien droit, savoir la prohibition qu’énonce l’article 1301, ne peut s’appliquer lorsque les époux sont communs en biens, car alors la femme peut s’engager en qualité de commune, pour ou avec son mari. A tout événement la loi est maintenant formelle.

Puisque le mari ne peut aliéner l’immeuble sujet au douaire de la femme de manière à affecter ce douaire, il s’ensuit que ses créanciers ne peuvent non plus, en provoquant le décret de cet immeuble, purger le douaire non ouvert. Mais, à cet égard, il convient de distinguer entre le douaire coutumier et le douaire préfix, comme on le voit par l’article 1447, qui se lit ainsi qu’il suit:—

1447. “ Le décret, le jugement en ratification de titre, et l’ad- “ judication sur licitation forcée (*a*), qui ont lieu avant l’ouver- “ ture du douaire coutumier, soit que ce douaire résulte de la loi “ seule, ou qu’il ait été stipulé, n’affectent pas les immeubles qui “ le constituent.

“ Néanmoins si le décret a été poursuivi par un créancier dont “ le droit est antérieur et préférable au douaire (*b*), ou si un tel “ créancier est colloqué sur ces procédures, l’aliénation ou la ra- “ tification est valide et l’immeuble est libéré (*c*). Les créan- “ ciers postérieurs en droit qui en ce cas reçoivent le surplus du “ prix, sont tenus de rapporter si douaire a lieu, et ne peuvent “ toucher les deniers qu’en donnant caution si le douaire est “ apparent.

“ Lorsque, suivant le premier cas du présent article, le dou- “ aire n’est pas purgé par la vente ou le jugement de ratification, “ l’adjudicataire ou l’obtenteur du jugement qui est évincé à “ cause du douaire peut également faire rapporter les créan- “ ciers qui ont reçu le prix, et si le douaire apparaît sur les “ procédures, les créanciers ne sont colloqués qu’en donnant “ caution de rapporter ce qu’ils ont reçu du douaire. Si les

---

(*a*) Une décision du juge Monk, rendue avant le code (*Dents* v. *Crawford*, 7 L. C. J., p. 251), porte que le douaire coutumier ne peut affecter une simple part indivise dans un immeuble qui est vendu sur licitation forcée, et qu’une telle vente a pour effet de transformer le droit de douaire en une réclamation sur le produit de la vente.

(*b*) Ce qui n’a lieu que lorsque ce droit a été enregistré avant le douaire: cour de revision, *Lizotte* v. *Deschesneau*, M. L. R., 1 S. C., p. 402, et cour d’appel, même cause, 31 L. C. J., p. 80.

(*c*) Voy. *Laberge* v. *Laberge*, 10 L. N., p. 153.

" créanciers ne veulent pas donner caution, l'adjudicataire garde ou reprend le montant qui y était sujet (*a*), en donnant " lui-même caution de rapporter.

" Le douaire coutumier ouvert ne tombe pas sous les règles " du présent article."

Revenons sur cette longue disposition pour en préciser en peu de mots la portée.

Et d'abord, en principe, le douaire coutumier non ouvert ne se purge pas par le décret, le jugement en ratification de titre ou par l'adjudication sur licitation forcée.

Ainsi la femme et les enfants n'ont pas à s'inquiéter de la saisie des immeubles affectés à leur douaire coutumier non ouvert, pas plus qu'ils ne seraient recevables de s'y opposer (*b*), car, avant l'ouverture, leur droit, comme celui de l'appelé à une substitution, n'est qu'éventuel. Et l'adjudicataire, qui est exposé à l'éviction, n'est pas tenu de courir les chances de l'ouverture ou de la caducité du douaire; l'existence de ce douaire lui donne le droit de demander la nullité du décret (art. 785 C. P. C.).

Mais tout cela est assujetti à une condition. Il faut, quant au douaire coutumier légal, que l'acte de célébration du mariage ait été enregistré, avec une description des immeubles alors assujettis au douaire. Et, à l'égard des immeubles qui pourraient subséquemment échoir au mari et devenir sujets au douaire, le droit au douaire sur ces immeubles n'a d'effet que du jour de l'enregistrement d'une déclaration à cet effet, indiquant la date du mariage, le nom des époux, la description de l'immeuble, la charge du douaire, et comment l'immeuble y est devenu sujet.

Telle est la disposition de l'article 2116 qui est le droit nouveau. Il est à remarquer qu'alors que l'article 1447 parle du douaire coutumier qui résulte de la loi seule ou d'une stipulation du contrat de mariage, l'article 2116 ne mentionne que le douaire coutumier légal sans qu'il y soit question du douaire coutumier conventionnel. Mais de deux choses l'une: ou bien le contrat de mariage se contente de stipuler le douaire coutumier, ou de dire que le douaire consistera en la moitié des immeubles dont le mari est propriétaire lors du mariage, et qui lui adviendront de ses ascendants pendant sa durée, ce qui est la même chose, et alors le contrat de mariage n'ajoute rien à la loi; ou bien ce contrat stipule un autre douaire, et alors ce douaire est

---

(*a*) Voy. *Roberts* v. *Lavaux*, 2 R. de L., p. 278.

(*b*) Voy. en ce sens *Robertson* v. *Perrin*, 1 R. de L., p. 288.

préfix. Dans le premier cas, s'agissant dans l'une et l'autre hypothèse du douaire coutumier légal, l'enregistrement est indispensable (*a*).

Mais l'article 2116 ne s'appliquait qu'aux douaires coutumiers créés subséquemment au code civil, et de fait la jurisprudence maintenait les douaires antérieurs, malgré qu'ils n'eussent pas été enregistrés. Il y avait là une lacune et le législateur y a suppléé, par la loi 44-45 Vict., ch. 16, en décrétant que l'article 2116 s'appliquerait à l'avenir aux douaires coutumiers créés avant le 1er août 1866, date de l'entrée en vigueur du code civil. Cette loi — qui ne rendait nuls les douaires coutumiers non enregistrés qu'à l'égard des propriétaires ou créanciers, avec titre enregistré — a accordé un délai de deux ans pour l'enregistrement de ces douaires. Ce délai a été subséquemment étendu jusqu'au 1er janvier 1885, par les lois 46 Vict., ch. 25 et 47 Vict., ch. 15 (*b*).

Il est à remarquer que l'enregistrement du douaire coutumier est requis, non seulement pour empêcher que ce douaire ne soit purgé par le décret, mais pour permettre à la femme ou aux enfants de le réclamer contre les tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires, lorsque l'immeuble qui y est sujet a été aliéné ou hypothéqué par le mari.

Je reviens maintenant à la règle de l'article 1447, pour indiquer l'exception que cette règle comporte aux termes du même article.

Cette exception suppose que le décret a été poursuivi par un créancier dont le droit est antérieur et préférable au décret, ou qu'un tel créancier a été colloqué sur les procédures. Alors la

---

(*a*) Quand le douaire coutumier légal est stipulé par le contrat de mariage, est-il nécessaire de faire enregistrer ce contrat, ou suffirait-il d'enregistrer l'acte de célébration du mariage? Je crois que l'enregistrement de l'acte de célébration du mariage suffirait, car c'est tout ce qu'exige l'article 2116. Cependant, le fait qu'on aura également fait enregistrer le contrat de mariage ne nuira pas, et on croira sans doute agir plus prudemment en le faisant. Sous l'empire du droit antérieur au code, qui n'exigeait pas l'enregistrement du douaire coutumier, on avait décidé qu'il n'était pas nécessaire d'enregistrer le contrat de mariage qui stipulait ce douaire (cour d'appel, *Sims* & *Evans*, 10 L. C. R., p. 301; voy. aussi *Leroux* & *Leroux*, 20 L. C. J., p. 224).

(*b*) Il n'y a que les créanciers et acquéreurs postérieurs à la loi 44-45 Vict., ch. 16, qui peuvent se prévaloir du défaut d'enregistrement des douaires coutumiers antérieurs au code civil: *Bernard* v. *Charretier*, 9 L. N., p. 100; et cour d'appel, *Toupin* & *Vézina*, R. J. Q., 9 B. R., p. 406.

vente est valable et l'immeuble est libéré. Voy. aussi l'art. 781 C. P. C. (*a*).

Mais le législateur protège même ici la femme et les enfants. Les créanciers postérieurs en droit qui reçoivent le surplus du prix sont tenus de le rapporter si le douaire a lieu, et ne peuvent toucher les deniers, dit l'article 1447, " qu'en donnant caution si le douaire est apparent," c'est-à-dire, enregistré.

J'ai dit que l'adjudicataire, qui est exposé à l'éviction à raison d'un douaire coutumier non ouvert, peut demander la nullité du décret. Mais s'il ne le fait pas, et qu'il soit troublé, il peut forcer les créanciers à rapporter le prix qu'il a payé, et, si le douaire apparaît sur les procédures, les créanciers ne sont colloqués qu'en donnant caution de rapporter ce qu'ils reçoivent du douaire. S'ils ne veulent ou ne peuvent donner ce cautionnement, l'adjudicataire garde ou reprend le montant qui est sujet au douaire, en donnant lui-même caution de rapporter.

Il n'a été question jusqu'ici que du douaire coutumier non ouvert. Celui qui est ouvert, est un droit acquis, en usufruit pour la femme et en propriété pour les enfants. Partant, si l'immeuble qui y est sujet est saisi sur les héritiers du mari, la femme peut et doit s'opposer à la vente pour la moitié qui lui appartient.

Parlons maintenant du douaire préfix. S'il consiste en un immeuble ou en une créance hypothécaire, c'est un droit réel (art. 1442), et il est assujetti à l'enregistrement comme tous les autres droits réels (*b*). C'est la disposition de l'article 1448, qui se lit comme suit:—

1448. " Lorsque le douaire non ouvert est préfix, soit qu'il " consiste en un immeuble ou en une créance hypothécaire, il " est sujet à l'effet des lois d'enregistrement, et est purgé par le " décret et les autres procédures mentionnées en l'article qui " précède, comme dans les cas ordinaires, sauf aux intéressés à " exercer leurs droits et recours, et sauf les cautionnements qui " doivent leur être donnés.

(*a*) Je puis d'abord renvoyer à ce que j'ai dit du cas semblable de substitutions non ouvertes, dans mon tome 5, pp. 95 et suiv. Le cas du douaire est mieux prévu que ne l'a été celui des substitutions.

(*b*) La femme n'a pas d'hypothèque légale pour assurer le paiement d'un douaire préfix consistant en deniers, et la désignation de l'immeuble qu'on entend affecter par ce douaire doit être dans le contrat de mariage: juge Gagné, *Perreault* v. *Caron*, 14 L. N., p. 129; juge Archibald, *Turgeon* v. *Shannon*, R. J. Q., 20 C. S., p. 135; juge Archibald. *Bilodeau* v. *Benoit*, R. J. Q., 20 C. S., p. 240.

"Le douaire préfix ouvert est sujet aux règles ordinaires."

Les droits et recours de la femme ou des enfants pour le douaire préfix non ouvert lors du décret et les cautionnements que les créanciers subséquents doivent donner sont expliqués à l'article 800 du code de procédure civile.

Reste un cas qui n'a pas été prévu par le code civil, celui de l'expropriation de l'immeuble affecté au douaire. Il est clair que l'existence de ce douaire n'est pas un obstacle à l'expropriation de l'immeuble pour cause d'utilité publique, pas plus qu'il ne l'était dans l'ancien droit. On enseignait en effet que dans ce cas l'héritage exproprié cessait d'être sujet au douaire, lequel était transféré sur la somme que le mari avait reçue de l'expropriant (*a*).

Notre loi provinciale d'expropriation (*b*) a également prévu le cas. L'article 5754*s* porte en effet que si la partie qui procède en expropriation a raison de craindre des réclamations hypothécaires, ou a d'autres raisons, il lui est loisible de déposer l'indemnité entre les mains du protonotaire du district où les terrains à exproprier sont situés, avec l'intérêt pour six mois, et une copie de la sentence arbitrale. Cette sentence arbitrale est considérée comme le titre aux terrains y mentionnés, et des procédures sont prises pour obtenir la ratification de titre, de la même manière que dans les autres cas de ratification de titre. Le jugement en ratification de titre éteint a jamais toutes réclamations contre les terrains, y compris le douaire non ouvert, aussi bien que les hypothèques et charges dont ils pourraient être grevés. Le tribunal décerne tel ordre pour la distribution, le paiement ou le placement de l'indemnité, et pour assurer les droits de toutes les parties intéressées qu'il croit convenable d'après la justice et l'équité (*c*).

§ VI. *De la renonciation de la femme ou des enfants au douaire.*

Je vais citer les articles 1444, 1445 et 1446 qui règlent cette importante matière.

1444. "Il est cependant loisible à la femme majeure de re-
"noncer au droit qu'elle peut avoir, à titre de douaire coutumier

(*a*) Pothier, *Douaire*, n° 89.

(*b*) S. R. P. Q., art. 5754*a* et suiv.

(*c*) Il y a, dans cet article, d'autres dispositions qu'il n'est pas nécessaire de rapporter ici.

" ou préfix, sur les immeubles que son mari vend, aliène ou hy-
" pothèque.

" Cette renonciation se fait, soit dans l'acte par lequel le mari " vend, aliène ou hypothèque l'immeuble, soit par un acte diffé- " rent et postérieur."

1445. " Cette renonciation a l'effet de décharger l'immeuble " affecté au douaire de toute réclamation que la femme peut y " avoir à ce titre, sans que ni elle ni ses héritiers puissent exer- " cer, sur les autres biens du mari, aucun recours d'indemnité ou " de récompense, en compensation du droit ainsi abandonné, " nonobstant les dispositions du présent titre et toutes autres de " ce code relatives aux remplois, indemnités et récompenses " que se doivent les époux ou autres parties, aux cas de partage."

1446. " Quant au douaire des enfants, il ne peut s'exercer que " sur les immeubles qui, assujettis au douaire de la mère, n'ont " été, pendant le mariage, ni aliénés, ni hypothéqués par leur " père, avec la renonciation de la mère faite en la manière énon- " cée en l'article 1444.

" Après la mort de la femme, l'enfant majeur peut renoncer " au douaire, dans les cas où sa mère eût pu le faire, et de la " même manière et aux mêmes fins."

Ces trois articles nous viennent de l'ordonnance de l'enregistrement (4 Vict., ch. 30; S. R. B. C., ch. 37, art. 51, 52, 53 et 54), et leur disposition, disent les codificateurs, ne peut se justifier que par " la défaveur dans laquelle paraissent être tombés "les douaires, dans le pays, depuis un certain nombre d'années." Ils ajoutent que, d'après l'ancien droit, la femme pouvait bien s'obliger avec son mari, et par là affecter indirectement son droit au douaire, mais elle avait alors un recours d'indemnité par suite de l'obligation qu'elle avait ainsi contractée pour ou avec son mari.

Il est bien entendu, et c'est la disposition formelle de nos articles, que la renonciation de la femme la laisse, elle et ses héritiers, sans aucun recours d'indemnité contre son mari. Cette renonciation, en soi, ne constitue pas non plus un avantage au mari, tel que prohibé par l'article 1265, ni un engagement de la femme pour lui au mépris de l'article 1301. Cependant, il faudra bien scruter les termes de la renonciation et des actes qui l'accompagnent, afin de voir si, alors qu'elle simule une renonciation pure et simple, la femme ne s'est pas réellement obligée pour le mari—et on le croirait sans peine dans le cas où la femme aurait stipulé une récompense, un remboursement, ou une in-

demnité (*a*)—ou si elle n'a pas agi dans le seul but de conférer un avantage prohibé à son mari, ou de lui en faire conférer un par un tiers.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que la femme ne peut renoncer à son douaire en faveur de son mari seul, car ce serait l'avantager illégalement. Sa renonciation suppose nécessairement que le mari a vendu, aliéné ou hypothéqué, ou qu'il vend, aliène ou hypothèque l'immeuble affecté au douaire, et cette renonciation est en faveur du tiers acquéreur ou créancier hypothécaire. Le mari en tirera sans doute quelque avantage, mais cela est inévitable du moment que le droit de renonciation de la femme est reconnu (*b*).

Bien entendu, la femme peut renoncer à une partie de son droit et conserver le reste. Ainsi la femme douée d'un douaire préfix peut renoncer à l'hypothèque qui assure son droit, ou céder priorité d'hypothèque à un autre créancier hypothécaire. Son douaire, naturellement, n'est affecté que dans la mesure prévue à l'acte de renonciation, lequel est sujet à l'interprétation restrictive.

J'ai déjà cité, *supra*, p. 130, note (*a*) *in fine*, les différentes causes dans lesquelles il a été décidé que la femme pouvait renoncer à l'exercice de ses droits hypothécaires pour reprises matrimoniales, sur les biens aliénés par son mari. Il est bien entendu que lorsque la femme renonce à sa priorité d'hypothèque en faveur d'un tiers, dont la réclamation hypothécaire devient préférable à la sienne, elle n'en conserve pas moins ses droits de préférence à l'égard des autres créanciers hypothécaires, sans préjudice toutefois aux droits acquis (voy. *Hogue* v. *Dupuy*, 23 L. C. J., p. 276, et 2 L. N., p. 308).

Lorsque le mari est interdit pour démence, la femme peut se faire autoriser par le juge à renoncer à son douaire : cour d'appel, *Dufresnay* & *Armstrong*, 14 L. C. J., p. 253. Dans cette

---

(*a*) La cour d'appel a cependant jugé (*Ericksen* & *Curillier*, 3 L. N., p. 285, et 25 L. C. J., p. 80) que la renonciation était valable bien que la femme eût reçu une considération pour la faire ; mais, dans l'espèce, la femme avait reçu cette considération d'un tiers et non pas de son mari. Il s'agissait de savoir si, ayant accepté une donation que ce tiers lui avait faite, à la condition expresse qu'elle renonçât à son douaire, elle pouvait réclamer ce douaire.

(*b*) Il y a dans tout ceci quelque chose qui se concilie bien difficilement avec les articles 1265 et 1301, et c'est pour cela que les codificateurs disent que le droit de renonciation de la femme ne peut se justifier que par la défaveur dans laquelle le douaire était tombé en cette province.

même cause il a été décidé que la renonciation pouvait se faire même après que la propriété avait été vendue par décret.

Le fait que la femme renonce à la communauté, après qu'elle a été dissoute, ne peut affecter la validité de la renonciation à son douaire faite par elle pendant la durée de la communauté: même cour, *Langlais & Langlais,* 9 L. N., p. 90, et *Boudria & McLean,* 12 L. C. R., p. 135.

Lorsqu'une propriété du mari est affectée par le douaire préfix de la femme ou par ses droits matrimoniaux, cette dernière peut consentir à ce que ses droits soient transportés de cette propriété à une autre propriété qui devient affectée au lieu de la première (voy. cour d'appel, *Métrissé & Brault,* 10 L. C. R., p. 157, et 4 L. C. J., p. 60, et aussi, même cour, *Société de construction Montarville & Cousineau,* 3 L. N., p. 329).

SECTION II. DISPOSITIONS PARTICULIERES AU DOUAIRE DE LA FEMME.

Nous avons vu qu'à moins de conventions contraires, la femme n'a que l'usufruit de son douaire, dont la nue propriété appartient aux enfants, s'il y en a qui se portent douairiers, sinon aux héritiers du mari. Ce sont les applications de ce principe que nous allons étudier dans cette section. J'ajouterai que comme l'usufruit de la femme est, sauf quelques exceptions, régi par les règles que j'ai commentées au titre *De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation,* il me suffira, dans la plupart des cas, de renvoyer à ce commentaire.

§ I. *Des droits de la femme à l'ouverture du douaire.—Du partage des biens sujets au douaire.—Des recours réciproques en cas d'amélioration ou de détérioration.—De la donation d'usufruit.*

I. Du partage.—Il faut distinguer selon que le douaire est coutumier ou préfix, mobilier ou immobilier.

Nous avons vu que la femme est saisie de son droit dans le douaire à compter de son ouverture, sans qu'il soit besoin d'en faire demande en justice. Donc, lorsque le douaire est coutumier, ou qu'étant préfix, il porte sur des immeubles, la femme se trouve, dès le décès du mari, usufruitière et ses enfants propriétaires de la moitié indivise des immeubles sujets au douaire, dont l'autre moitié, également indivise, appartient aux héritiers du mari. Cette indivision est un obstacle à la libre jouissance de biens sujets au douaire, et la loi donne, soit à la femme, soit aux héritiers du mari, le droit d'en demander le partage. C'est la disposition de l'article 1452, qui se lit ainsi qu'il suit:—

1452. " Si le douaire consiste dans la jouissance d'une cer-
" taine portion des biens du mari, il doit se faire entre elle et
" les héritiers de ce dernier, un partage par lequel on livre à
" celle-ci la portion dont elle a droit de jouir (*a*).

" La veuve et les héritiers ont réciproquement une action
" pour obtenir ce partage, au cas de refus de part ou d'autre."

D'après les principes de l'ancien droit, et le code ne fait à ce sujet aucune innovation, le douaire doit être délivré à la femme à part et divis. Pour cela, il faut bien faire un partage, et ce partage peut être demandé, soit par la femme, soit par les héritiers du mari.

Pothier (*Douaire*, nos 174 et suiv.) a traité très au long de ce partage. Ce n'est, en principe, et lorsque la femme le demande, qu'un partage de jouissance. Cependant, nul doute que les héritiers du mari, n'étant pas tenus de rester dans l'indivision (art. 689), peuvent, s'ils sont majeurs, provoquer le partage définitif des immeubles affectés au douaire, en dirigeant leur demande contre la femme et les enfants douairiers.

Mais supposons qu'il s'agisse uniquement d'un partage de jouissance. Alors, on comprend, la base de ce partage, c'est le revenu que produisent les biens affectés au douaire. L'estimation s'en fera par les parties si elles s'accordent, sinon par des experts. On fait ainsi deux lots, lesquels se tirent au sort, et si les lots sont inégaux, le plus fort est chargé, envers le plus faible, d'un retour payable chaque année, pendant la durée du douaire.

Le partage peut donner lieu à des réclamations de part et d'autre. Les héritiers du mari peuvent en devoir à la femme lorsqu'il y a eu aliénation nécessaire des biens affectés au douaire, lorsque ces biens ont cessé d'exister par le fait ou la faute du mari, ou que celui-ci y a fait des dégradations notables. De son côté, la douairière en devrait, si le mari a dû payer une somme d'argent pour rentrer en possession de biens qui lui seraient revenus par l'avènement d'une condition réalisée pendant le mariage, si le mari a amélioré l'héritage d'une manière notable, ou s'il a éteint une rente ou charge dont la douairière profite. Je me contente de cette indication sommaire, car je reviendrai sur cette question dans un instant.

Le partage donne lieu à garantie, lorsque l'un des coparta-

(*a*) L'action en délivrance de douaire est de fait une action en partage, et toutes les parties intéressées doivent être mises en cause : *Turcot* v. *Drouin*, 2 R. de L., p. 278.

geants est évincé d'un héritage compris dans son lot, et on calcule le chiffre de la compensation, qui se paie annuellement, de manière à égaliser le revenu de chacune des parties (*a*).

Le partage n'est nécessaire que lorsque le douaire consiste en la jouissance d'une certaine portion des biens du mari. Si, au contraire, il est d'une somme d'argent ou d'une rente, la femme a une simple créance contre les héritiers du mari. L'article 1451 pose ce principe en ces termes:—

1451. " Si le douaire de la femme consiste en deniers ou en " rentes, la femme a contre les héritiers ou représentants de son " mari, pour s'en faire payer, tous les droits et actions apparte- " nant aux autres créanciers de la succession."

Il va sans dire que la femme concourra avec les autres créanciers et se fera payer avec eux au marc la livre, à moins que son douaire ne soit garanti par hypothèque.

II. Dans quel état les biens doivent-ils être délivrés à la femme?—La douairière prend les biens assujettis à son douaire dans l'état où ils se trouvent à l'ouverture de son droit, mais cette règle n'est pas absolue, comme nous le verrons, car il se peut que la femme ait un recours en indemnité, ou bien qu'elle doive elle-même une récompense, selon que les biens ont été, soit détériorés, soit améliorés pendant le mariage.

La règle que je viens d'énoncer est posée en ces termes par l'article 1460:—

1460. " La femme douairière, comme tout autre usufruitier, " prend les choses sujettes au douaire dans l'état où elles se " trouvent lors de l'ouverture.

" Il en est de même des enfants douairiers quant à la pro- " priété, dans le cas où l'usufruit de la femme n'a pas lieu.

" S'ils ne la prennent qu'après l'usufruit expiré, ou si alors il " n'y a pas d'enfants douairiers, la succession de la femme est " tenue, au premier cas envers les douairiers, et au second cas " envers les héritiers du mari, d'après les règles qui concernent " la jouissance et les obligations de l'usufruitier à titre parti- " culier."

Le premier alinéa de notre article ne fait que répéter ici ce que la première partie de l'article 463 a déjà dit à l'égard de l'u-

---

(*a*) Comp. Pothier, n° 186.

sufruitier (*a*). Donc, soit la femme, soit les enfants, prennent les biens dans l'état où ils se trouvent à l'ouverture du douaire. Il en est de même des enfants douairiers ou des héritiers du mari à l'expiration de l'usufruit de la femme, sauf leur recours contre la succession de la femme pour les dégradations que celle-ci a commises.

L'article 1460 dit que la succession de la femme est tenue, à l'expiration de l'usufruit de cette dernière, envers soit les enfants douairiers soit les héritiers du mari, d'après les règles qui concernent la jouissance et les obligations de l'usufruitier à titre particulier. La distinction entre l'usufruit universel ou à titre universel et l'usufruit à titre particulier, est utile surtout en ce qui se rapporte aux dettes héréditaires, dont l'usufruitier à titre particulier n'est jamais tenu, alors que l'usufruitier universel ou à titre universel contribue à leur paiement avec le propriétaire (art. 473 et 474). Il n'y a pas de différence, entre les diverses espèces d'usufruit, quant aux charges ordinaires ou extraordinaires des biens sujets à l'usufruit, quant aux réparations et quant à la jouissance de l'usufruitier. Et à l'égard des dettes antérieures au mariage, dont sont grevés les biens sujets au douaire, nous verrons que la douairière ne jouit pas de la même immunité que l'usufruitier à titre particulier.

Ce n'est donc que quant aux dettes subséquentes au mariage qu'on peut assimiler la femme à l'usufruitier à titre particulier, et c'est ainsi que l'on doit entendre le dernier alinéa de l'article 1460. Car, d'après l'ancien droit, le douaire de la femme était regardé comme un titre universel, puisqu'il donnait à la femme la jouissance de la moitié de l'universalité des immeubles que le mari possédait lors du mariage et qui lui venaient de ses ascendants pendant sa durée (*b*). Nous verrons plus loin que ce principe s'applique pleinement à la contribution aux dettes immobilières.

III. Des améliorations et détériorations.—La règle qui veut que la femme prenne les biens dans l'état où ils se trouvent, je l'ai dit, ne lui enlève pas son recours quand il y a eu des dégra-

---

(*a*) Les codificateurs, cependant, ont cru bon de faire cette répétition, car, disent-ils, on avait soutenu dans l'ancien droit (et c'était l'opinion de Pothier) que les héritiers du mari étaient tenus de livrer l'immeuble assujetti au douaire en bon état de réparations. Les codificateurs n'ont pas cru devoir admettre, en faveur de la femme, une telle exception aux principes de l'usufruit.

(*b*) Pothier, *Douaire*, n° 54.

dations à ces biens pendant le mariage, et ne lui permet pas non plus de jouir, sans indemnité, des augmentations notables que le mari a faites aux biens sujets au douaire. C'est ce que décrète en ces termes l'article 1461 :—

1461. " Si néanmoins, pendant le mariage, des augmentations " notables ont été faites à la chose, la femme n'en profite qu'en " rapportant la plus-value, si son douaire est en propriété, et " l'intérêt de cette plus-value, s'il est en usufruit.

" Elle a droit toutefois de demander que ces augmentations " soient enlevées, si elles peuvent l'être avec avantage et sans " détérioration à la chose.

" Si elles ne peuvent être ainsi enlevées, la femme peut, aux " fins du rapport, obtenir la licitation.

" Ls enfants douairiers qui prennent la propriété sans que la " mère ait eu l'usufruit, sont dans la même position qu'elle " quant aux augmentations.

" Si pendant le mariage, des détériorations ont eu lieu sur la " chose affectée au douaire, au profit du mari ou de la commu- " nauté, il est dû récompense à la femme et aux enfants qui se " portent douairiers (*a*)."

Parlons d'abord des améliorations. La première condition posée par l'article, c'est que ces améliorations soient notables, la seconde, qu'elles aient produit une plus-value. Quelle qu'ait été la dépense, si cette dépense n'a pas augmenté la valeur de la chose, la femme ne doit aucune récompense.

Mais à quelle époque faut-il estimer cette plus-value? Evidemment c'est au moment de l'ouverture du douaire, car c'est à ce moment que la femme reçoit la chose et commence à en jouir.

Quant au paiement de l'indemnité, il faut distinguer selon que le douaire de la femme est en usufruit ou en une propriété. Au premier cas la femme doit l'intérêt de la plus-value, au second, c'est le capital même qu'elle doit rembourser. Je crois, lorsque le douaire de la femme est en usufruit, que les enfants devront rembourser ce capital aux héritiers du mari. C'est ce qui me paraît découler de l'alinéa 4 de notre article.

La femme peut cependant échapper au paiement de l'indemnité en exigeant que les améliorations soient enlevées, si elles peuvent l'être avec avantage et sans détériorer la chose. Au cas contraire, elle peut demander la licitation de l'immeuble, et sur le prix les héritiers prendront la plus-value déduite préalablement, et ensuite leur moitié du résidu.

(*a*) Les autorités que citent les codificateurs sous l'article 1461, font voir qu'il y avait controverse à ce sujet dans l'ancien droit. Notre article suit cependant l'opinion dominante.

Le code a été moins explicite quant aux détériorations. Notre article admet la réclamation de la femme, lorsque ces détériorations ont été faites au profit du mari ou de la communauté, comme lorsque le mari a démoli la maison sur le fonds assujetti au douaire et s'est construit, avec les matériaux, une maison sur un immeuble qui lui était propre et non affecté au douaire. Il va sans dire, cependant, qu'une dégradation notable faite par le mari volontairement, et sans idée d'en tirer profit, donnerait ouverture à la réclamation de la douairière.

Mais notre article ne dit pas si, pour calculer la récompense, on doit tenir compte de la dimunition du revenu, et n'accorder une indemnité à la femme que si la dégradation a diminué ce revenu, et jusqu'à concurrence seulement de cette diminution; ou bien si on doit considérer la diminution de valeur de l'immeuble et attribuer à la femme l'intérêt de cette diminution, si son douaire est en usufruit, et le capital, s'il est en pleine propriété.

La question était controversée dans l'ancienne jurisprudence. Toutefois, Renusson (*a*), qui rapporte les divers avis, se prononce en faveur de l'opinion qui tenait compte de la diminution en valeur, et non pas de la diminution en revenu (*b*).

Je crois que nous devons suivre la décision de Renusson. Nous avons vu que lorsqu'il s'agit de faire payer la douairière pour des améliorations, l'article 1461 tient compte de la plus-value que ces améliorations ont donnée à l'héritage sujet au douaire, et non pas de l'augmentation de revenu. Il me paraît logique d'accepter la même base pour calculer la récompense que la succession du mari doit à la femme. Dans un cas comme dans l'autre on doit, à mon avis, estimer l'augmentation ou la diminution en valeur, au moment de l'ouverture du douaire (*c*).

Pothier (nº 179) admettait la compensation entre ce que la douairière devait à la succession du mari et ce que cette succession pouvait lui devoir. Il enseignait également (nº 180) qu'en cas de communauté acceptée par la femme, si l'héritier n'avait aucunes raisons à faire à celle-ci, la compensation s'opérait de

---

(*a*) *Douaire*, ch. 3, n° 78.

(*b*) Pothier, *Douaire*, n° 177, enseignait que lorsque le mari avait fait des dégradations à quelque héritage sujet au douaire, qui en avaient diminué le revenu, l'héritier en devait dédommager la douairière, en lui tenant compte, par chacun an, pendant le temps que devait durer son usufruit, de ce que l'héritage eût produit de plus de revenu, pour la part qu'elle y avait, s'il n'eût pas été dégradé.

(*c*) Comp. Renusson, n° 79.

ce que la femme, en sa qualité de douairière, devait à l'héritier pour les sommes déboursées par le mari, dont elle profitait comme douairière, avec la jouissance de la moitié de ces sommes que l'héritier lui devait en sa qualité de commune. Je crois que nous pouvons accepter ces solutions.

J'ajouterai que l'article 1461, qui ne parle que des améliorations et des détériorations, ne prévoit pas tous les cas où récompense peut être due par la douairière ou par l'héritier du mari. Ainsi, la succession du mari doit récompense à la femme lorsqu'il y a eu aliénation nécessaire des biens sujets au douaire, lorsque ces biens ont cessé d'exister par le fait ou la faute du mari. De même, la douairière devra elle-même indemniser la succession du mari, si celui-ci a dû payer une somme d'argent pour rentrer en possession des biens lors de l'avènement de la condition résolutoire sous laquelle ils avaient été aliénés, ou si le mari a éteint une rente ou charge préférable au douaire qui grevait les biens qui y sont sujets (*a*).

Ces questions, je l'ai dit, se soulèvent et doivent se régler lors du partage, et pour cette raison j'ai interverti l'ordre des articles du code pour les traiter ici.

IV. De la donation d'usufruit.—L'article 1450 prévoit un cas particulier. Il porte que "le douaire préfix de la femme n'est "pas incompatible avec la donation d'usufruit qui lui est faite "par le mari; elle jouit, en vertu de cette donation, des biens y "contenus, et prend son douaire sur le surplus, sans diminution "ni confusion."

Cette disposition est conforme à l'ancien droit. Les codificateurs expliquent qu'elle s'appliquait au don mutuel d'usufruit pendant le mariage et à la donation mutuelle d'usufruit par contrat de mariage, mais qu'il ne peut être question que de la donation par contrat de mariage, le don mutuel pendant le mariage ayant été aboli (art. 1265). Il ne s'agit ici que du douaire préfix. Quand le douaire est légal, et que la donation mutuelle ne porte que sur les biens de la communauté, il n'y a point de confusion possible. Si, au contraire, le mari a, par son contrat de mariage, donné à sa femme l'usufruit de l'universalité des biens qu'il laisserait à sa mort, il y aurait confusion entre cet usufruit et celui du douaire coutumier. Si la femme accepte la donation, le douaire coutumier devient inutile, car en vertu de la donation la femme se trouve à avoir l'usufruit des biens com-

(*a*) Voy. Pothier, nos 177 et suiv.

pris dans son douaire (*a*). Il pourrait se faire, cependant, que la femme eût intérêt à opter pour le douaire, pour échapper à l'obligation de payer, en intérêts, les dettes du mari, même celles affectant les biens sujets au douaire, et de subir les aliénations qu'il aurait consenties, obligation qui lui incomberait comme donatrice universelle en usufruit.

§ II. *Du cautionnement que doit fournir la douairière.*

La douairière étant tenue, comme tout usufruitier, de conserver la substance de la chose, on comprend que la loi lui ait imposé quelques garanties de restitution. Mais, tant qu'elle garde viduité, on la traite avec moins de sévérité que l'usufruitier ordinaire, et on se contente de sa caution juratoire, c'est-à-dire de son serment qu'elle n'abusera pas de son droit. Lorsqu'elle se remarie, cette indulgence cesse, car elle a associé à sa jouissance un étranger, sous la dépendance de qui elle va désormais se trouver, et les droits de ses enfants seront peut-être sacrifiés. Pour ces raisons, et peut-être pour punir la femme d'avoir convolé en secondes noces (*b*), la coutume de Paris (art. 264) exigeait un véritable cautionnement de la douairière, lorsque celle-ci se remariait, alors qu'il se contentait d'un cautionnement juratoire pendant son veuvage (*c*). Sa disposition a été reproduite en ces termes par l'article 1454:—

1454. " La douairière jouit du douaire coutumier ou préfix à " sa caution juratoire, tant qu'elle reste en viduité; mais si elle " passe à un autre mariage elle devient tenue de donner cau- " tion, comme tout autre usufruitier."

La loi suppose ici que la femme n'a que l'usufruit du douaire. Si le contrat de mariage lui en donne la propriété, ou stipule que le douaire ne fera jamais retour à la succession du mari, il ne peut être question d'exiger d'elle aucun cautionnement, car

---

(*a*) Comp. Pothier, *Douaire*, n° 264.

(*b*) Ferrière, sur l'article 264 de la coutume de Paris, n° 11, donne, comme l'un des motifs de cette exigence, la haine du législateur contre les secondes noces. Quelques auteurs voyaient même, dans le second mariage pendant l'année du deuil, une cause de privation du douaire, mais leur avis ne prévalut point. Cette défiance de l'ancien droit à l'égard des secondes noces, soit du mari, soit de la femme, était fondée sur d'excellents motifs, puisqu'on s'inquiétait, à bon droit, du sort des enfants du premier mariage.

(*c*) Voy. *Elot* v. *Touchette*, 2 R. de L., p. 277.

elle n'est débitrice d'aucune restitution (*a*). Pour parité de raisons, j'exempterais la femme de l'obligation de fournir caution, quand son douaire consiste en une rente que lui verse la succession du mari, car elle ne possède pas le fonds.

Mais qu'arrivera-t-il si la femme remariée ne peut ou ne veut donner le cautionnement exigé par l'article 1454? Il y a ici pleine application des règles qui régissent l'usufruit en pareil cas. C'est ce que porte l'article 1455, qui se lit comme suit:—

1455. " Si la femme qui se remarie ne peut fournir la caution " requise, son usufruit devient assujetti aux dispositions des ar- " ticles 465, 466 et 467."

C'est-à-dire que les immeubles sont loués, donnés à fermè ou mis en séquestre, les sommes sont placées, les denrées, et autres objets mobiliers qui se consomment par l'usage, sont vendus, et le prix en est pareillement placé. L'intérêt de ces sommes et le prix des baux appartiennent à la douairière (art. 465).

On vend aussi les effets mobiliers qui dépérissent par l'usage (*b*), et on en place le prix. La douairière peut d'ailleurs demander qu'une partie de ces meubles, nécessaires pour son usage, lui soit laissée sous sa simple caution juratoire (art. 466).

Ajoutons, avec l'article 467, que le retard de fournir caution ne privera pas la douairière des fruits auxquels elle peut avoir droit.

Je me contente de ces simples indications, ayant expliqué ces articles 465, 466 et 467 ailleurs.

§ III. *De la jouissance de la douairière.*

I. De la jouissance des fruits.—Il y a ici application complète des principes de l'usufruit. Il me suffira donc de citer l'article 1453, qui est en ces termes:—

1453. " La douairière, comme les autres usufruitiers, prend " les fruits naturels et industriels pendant par branches ou " tenant par racines sur l'immeuble sujet au douaire, lors de " l'ouverture, sans être tenue de rembourser les frais faits par le " mari pour les produire.

" Il en est de même à l'égard de ceux qui entrent en jouis- " sance de la propriété de cet immeuble, après l'extinction de " l'usufruit."

(*a*) C'est ce qu'on décidait dans l'ancien droit. Comp. Pothier, n° 228.

(*b*) Il arrivera assez rarement que le douaire comprenne des meubles qui se consomment ou dépérissent par l'usage.

Cette disposition est au même effet que l'article 450, sauf la réserve en faveur du colon partiaire, que l'article 1453 ne contient pas. Je puis donc renvoyer à l'explication de l'article 450, dans mon tome 2, p. 547. Remarquons, toutefois, que le deuxième alinéa de notre article est contraire à l'opinion de Pothier, qui enseignait que les propriétaires des héritages sujets au douaire étaient obligés, *secundum æquitatem*, de rembourser aux héritiers de la douairière les frais des semences lorsqu'ils cueillaient la récolte après la mort de la douairière. Cette décision manquait de logique en vue du fait qu'on niait pareil recours contre la douairière au commencement de son usufruit.

Il n'est pas question des fruits civils dans l'article 1453, mais comme il n'y a qu'à appliquer ici les règles de l'usufruit, il faut décider que la femme les gagnera jour par jour à raison de la durée de son usufruit. Cette règle s'appliquera aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et autres fruits civils (art. 454).

Le code ne parle pas des autres droits dont jouit la douairière, mais il n'en était pas besoin, puisqu'il n'y a qu'à appliquer les règles de l'usufruit. Je puis donc me contenter d'un simple renvoi quant à la jouissance des arbres (art. 455, 456), de l'alluvion (art. 458), des droits de servitude (art. 459), des mines et carrières (art. 460), et du trésor (art. 461).

J'ajouterai que la douairière peut jouir par elle-même, louer ou même vendre son droit ou le céder à titre gratuit (art. 457). Mais la question des baux est l'objet de dispositions particulières que je vais rapporter.

II. Des baux.—Aux termes de l'article 1456, " la douairière " est obligée d'entretenir les baux à ferme ou à loyer faits par " son mari des héritages sujets à son douaire, pourvu qu'il n'y " ait ni fraude ni anticipation excessive."

Les codificateurs font observer que cet article " paraît, à pre- " mière vue, contraire aux principes applicables à l'usufruit en " général. Là les baux faits par l'usufruitier expirent avec son " droit, sauf l'année commencée, qui peut et doit être terminée " par le fermier ou locataire, qui paie le loyer au propriétaire. " Telle est la règle établie au titre de l'usufruit, etc. (art. 457), " et nul doute que ce ne soit la vraie doctrine pour le cas d'usu- " fruit ordinaire. Mais Pothier (*a*) et quelques autres auteurs " sont d'avis que, dans le cas du douaire, une raison de conve-

(*a*) *Douaire*, n° 229.

" nance et d'égard envers la mémoire de son mari, exige qu'elle " entretienne les baux qu'il a faits, pourvu que ce soit sans fraude " et sans anticipation excessive. C'est ce que déclare notre ar- " ticle imité de Lamoignon (*Douaire*, art. 4)."

Les codificateurs se trompent ici en disant que notre article 1456 paraît contraire aux principes applicables à l'usufruit en général, car la suite de leurs remarques fait voir qu'on a appliqué ces principes ici en statuant, à l'article 1457, que je citerai dans un instant, que les baux consentis par la douairière prennent fin avec son usufruit. L'article 1456 est cependant une exception aux principes qui régissent le louage, quant à l'aliénation de la choses louée, principes qui s'appliquent bien à la constitution d'usufruit, ce qui est également une aliénation de la chose louée, quant à l'un des démembrements de la propriété de cette chose. En effet, le mari, pendant le mariage, est propriétaire de l'immeuble sujet au douaire. Il peut donc le donner à bail comme il peut l'aliéner, mais sans préjudice au douaire de sa femme qui ne s'ouvrira peut-être jamais. Mais par l'ouverture du douaire, la moitié indivise de l'immeuble baillé se trouve sujette à l'usufruit de la femme et elle peut demander le partage de cet immeuble. L'ouverture du douaire constitue donc une véritable aliénation à son égard, comme à l'égard des héritiers du mari, et d'après le principe consacré par les articles 1663 et 2128, le bail, s'il excède un an, ne pourrait, quant à la moitié de l'immeuble que le partage attribue à la femme, être invoqué à l'encontre de la douairière, s'il n'a été enregistré. Pour des raisons de bienséance, cependant, l'ancien droit avait admis une exception dans le cas du douaire, et la douairière était obligée d'entretenir les baux que le mari avait consentis sans fraude ou sans anticipation excessive. C'est cette exception que formule notre article 1456.

La question de savoir si les baux ont été consentis frauduleusement ou s'il y a eu anticipation excessive, est une question de fait abandonnée à l'arbitrage des tribunaux.

Bien entendu, le loyer sera payable à la femme, pour sa moitié, dès l'ouverture de son douaire. Si ce loyer est payable en deniers, il s'agit de fruits civils qui s'acquièrent jour par jour. Partant, les héritiers du mari percevront le loyer en entier jusqu'au jour de l'ouverture du douaire, et dès cette ouverture partageront également ce loyer avec la femme (*a*). Si, au contraire, une terre sujette au douaire a été louée à un colon partiaire, il

---

(*a*) Comp. Renusson, *Douaire*, ch. 14, n° 21.

s'agit de fruits naturels, et je comprends sous cette désignation les fruits industriels (art. 448), et tout se règlera par la date de la perception.

Voilà pour les baux qui existaient à l'ouverture du douaire. Maintenant, comme tout usufruitier, la douairière peut donner à bail les immeubles compris dans son douaire, et les baux qu'elle consent, comme ceux de l'usufruitier, prennent fin à l'expiration de son usufruit. C'est la disposition de l'article 1457, qui se lit comme suit:—

1457. "Ceux qu'elle a faits pendant sa jouissance expirent "avec son usufruit; cependant le fermier ou le locataire a droit "et peut être contraint de continuer son occupation pendant le "reste de l'année commencée à l'expiration de l'usufruit, à la "charge d'en payer le loyer au propriétaire."

C'est la copie presque textuelle de l'alinéa 2 de l'article 457. Je puis donc, pour tout commentaire, renvoyer à ce que j'ai dit de cette dernière disposition en mon tome 2, pp. 573 et suiv.

Nul doute que la douairière, comme l'usufruitier, peut céder ou vendre son droit, s'il n'est pas stipulé incessible.

§ IV. *Des charges de la jouissance de la douairière.*

Ces charges sont celles qui incombent à tout usufruitier. Le code s'en explique dans les articles 1458 et 1459. Il me suffira d'indiquer ces charges d'une manière sommaire.

I. Des charges ordinaires et extraordinaires. Des dettes. — Aux termes de l'article 1458, "la douairière, comme tout autre "usufruitier, est tenue de toutes les charges ordinaires et extra- "ordinaires dont est grevé l'immeuble sujet au douaire (*a*), ou "qui peuvent y être imposées pendant sa jouissance, ainsi qu'ex- "posé au titre *De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.*"

L'article 471, auquel renvoie l'article 1458, est plus explicite et détaillé. Il porte que "l'usufruitier est tenu, pendant sa "jouissance, de toutes les charges ordinaires, telles que rentes "foncières et autres redevances ou contributions annuelles dont "est grevé l'héritage lors de l'ouverture de l'usufruit.—Il est "pareillement tenu des charges extraordinaires qui y sont im- "posées depuis, telles que les répartitions pour l'érection et la "réparation des églises, les contributions publiques ou munici- "pales et autres impositions semblables."

(*a*) Telles sont les charges annuelles municipales et autres : juge Berthelot, *Filion* v. *Beaujeu*, 5 L. C. J., p. 128.

C'est donc à ce dernier article qu'il faut se référer pour déterminer les charges qui incombent à la douairière. Je l'ai longuement commenté dans mon tome 2, pp. 595 et suiv., et je n'ai pas à y revenir.

Bien entendu, la douairière est chargée de la garde de la chose et doit en jouir en bon père de famille, ce qui amène l'application de l'article 476, et l'oblige, lorsqu'il y a eu partage, de dénoncer au propriétaire les usurpations ou autres atteintes à son droit de propriété.

Et quant aux dettes, devons-nous, à raison de l'expression que contient le dernier alinéa de l'article 1460, et que j'ai critiquée plus haut (p. 437), assimiler la douairière à l'usufruitier à titre particulier? Cette assimilation me paraît impossible, car la douairière n'est nullement dans la même position que cet usufruitier qui, aux termes de l'article 473, n'est tenu au paiement d'aucune partie des dettes héréditaires, pas même de celles auxquelles est hypothéqué le fonds sujet à l'usufruit, et qui, s'il est forcé pour conserver sa jouissance de payer quelques-unes de ces dettes, à son recours contre le débiteur et contre le propriétaire du fonds. Il importe donc d'indiquer avec quelque précision les dettes que la douairière est tenue d'acquitter et celles qui lui sont étrangères.

Il est clair que la douairière ne peut être recherchée à raison des dettes créées par le mari après le contrat de mariage, car puisque le mari ne peut aliéner et hypothéquer les biens sujets au douaire de manière à affecter le droit de sa femme, il ne peut les charger indirectement au paiement de ses dettes.

Mais, dans l'ancien droit, on enseignait que la femme devait payer, à la décharge des héritiers du mari, la moitié des arrérages qui couraient pendant sa jouissance, des rentes personnelles, soit perpétuelles, soit viagères, dont le mari était débiteur au temps du contrat de mariage, mais on l'exemptait de contribuer aux dettes mobilières que le mari devait à cette époque (*a*). Les rentes étaient alors immeubles, aujourd'hui elles ont la qualité de meubles (art. 388). Il semble donc qu'il ne peut maintenant être question de faire contribuer la femme au paiement des arrérages de rentes créées avant le mariage, sauf le cas où l'immeuble sujet au douaire y est hypothéqué.

Mais on tenait que les dettes passives immobilières antérieures au contrat de mariage diminuaient le douaire (*b*). En effet, si, à l'époque du contrat de mariage, les immeubles du mari sont

(*a*) Pothier, *Douaire*, nos 53 et suiv.

(*b*) Rousseau de Lacombe, v° *Douaire*, sec. 5, no 3.

hypothéqués au paiement de ses dettes, il semblerait qu'on doit déduire le montant de ces dettes pour déterminer la moitié de l'immeuble qui est affecté au douaire de la femme. Et, si l'immeuble hypothéqué est partagé entre la femme et les héritiers du mari, ou s'ils en jouissent en commun, les principes de l'ancien droit paraîtraient entraîner la conclusion que la femme doit payer la moitié de l'intérêt de ces dettes, sauf aux héritiers du mari à faire contribuer, pour la moitié du capital, les enfants douairiers, propriétaires de la moitié de cette dette.

Mais je ne suis pas du tout sûr que ce système, conforme à l'ancien droit, ait été adopté par le code. En effet, l'article 1469, après avoir dit que les enfants douairiers ne sont pas tenus de payer les dettes contractées par leur père depuis le mariage, ce qui ne peut faire aucun doute, ajoute: " quant à celles con-" tractées avant, ils n'en peuvent être tenus qu'hypothécaire-" ment, avec recours sur les autres biens du mari." Les codificateurs adoptent presque textuellement l'opinion d'Argou (*a*). La raison qu'il en donne, c'est que les enfants douairiers ne prennent pas le douaire comme héritiers du père. Cette raison explique bien que les enfants ne soient pas tenus des dettes créées depuis le mariage. Elle ne me satisfait pas quant aux dettes immobilières antérieures au mariage. car, *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno.* Quoi qu'il en soit, le code paraît avoir adopté l'opinion d'Argou.

Bien entendu, ces principes ne s'appliquent qu'autant qu'il n'y a point été dérogé dans le contrat de mariage. Ajoutons que si la femme paie une dette hypothécaire dont elle n'est pas tenue, ou au delà de sa part contributoire, elle peut exercer un recours contre le débiteur et contre les héritiers du mari et les enfants douairiers.

II. Des réparations. — La douairière, nous l'avons vu, perçoit tous les fruits de la portion des immeubles qui est sujette à son usufruit. Il est donc juste qu'elle fasse les réparations qui sont une charge des fruits, c'est-à-dire les réparations d'entretien. C'est du reste la disposition de l'article 1459, qui se lit comme suit:—

1459. " Elle n'est tenue que des réparations d'entretien; les " grosses demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles " n'aient été occasionnées par la faute ou la négligence de la " douairière."

(*a*) Liv. 3, ch. 10, p. 145.

C'est, en d'autres termes, la reproduction de l'article 468. La douairière est obligée de jouir en bon père de famille, partant, d'entretenir les biens dont elle a l'usufruit. Si, à défaut de réparations d'entretien, des grosses réparations deviennent nécessaires, la femme pourra être forcée de les faire.

Il n'est pas nécessaire de répéter ici la définition des grosses réparations. Il me suffira de renvoyer à l'article 469, qui a été pleinement expliqué ailleurs. Pour la même raison, je ne fais que rappeler la disposition de l'article 470, aux termes de laquelle ni le propriétaire, ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit (*a*).

Observons également que l'opinion de quelques auteurs dans l'ancien droit, que les héritiers du mari devaient livrer à la douairière les biens en bon état de réparations, n'a pas été suivie dans notre droit. La femme prend les biens dans l'état où ils se trouvent à l'ouverture du douaire, sauf son droit de se faire indemniser des dégradations et son obligation de payer pour les améliorations (art. 1460).

§ V. *Comment l'usufruit de la douairière prend fin.*

Il faut ici distinguer:—

1° Les causes d'extinction qui s'appliquent à l'usufruit du douaire comme à l'usufruit ordinaire;

2° Celles qui ne s'appliquent qu'à l'usufruit de la douairière.

I. Des causes d'extinction qui s'appliquent à l'usufruit du douaire comme à l'usufruit ordinaire.—Je n'ai ici qu'à formuler une règle générale et à dire que l'usufruit de la douairière prend fin pour les mêmes causes que l'usufruit ordinaire. L'article 1462 fait d'abord un simple renvoi à l'article 479.

1462. " Le douaire de la femme s'éteint, comme tout autre " usufruit, par les causes énumérées en l'article 479."

Ces causes d'extinction sont donc: —

La mort naturelle ou la mort civile de la douairière (*b*);

L'expiration du temps pour lequel le douaire a été stipulé, c'est-à-dire, sauf le cas d'une stipulation contraire, la mort de la douairière;

(*a*) Sur toutes ces questions, voy. mon tome 2, pp. 600 et suiv.

(*b*) Dans l'ancien droit, lorsque le douaire n'était pas considérable, on permettait à la douairière qui perdait la vie civile par la prononciation de vœux solennels, de conserver ce douaire par forme de pension alimentaire (Pothier, n° 247).

La consolidation ou la réunion sur la tête de la douairière des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire;

Le non-usage du droit pendant trente ans, ou la prescription acquise par des tiers;

La perte totale de la chose sujette au douaire.

A cette énumération incomplète de l'article 479, je puis ajouter:

La renonciation de la douairière;

La résolution du droit du constituant, c'est-à-dire du mari.

J'ai expliqué toutes ces causes d'extinction en mon tome 2, pp. 624 et suiv.

Il reste une autre cause ordinaire d'extinction de l'usufruit de la douairière, l'abus de sa jouissance.

Cette cause d'extinction est l'objet d'un simple renvoi. En effet, aux termes de l'article 1464, " la femme peut aussi être " déclarée déchue de son douaire pour l'abus qu'elle fait de sa " jouissance, dans les circonstances et sous les modifications " énoncées en l'article 480."

Il me suffira donc de dire que l'abus de jouissance peut résulter de dégradations commises par la douairière sur le fonds, ou du fait qu'elle le laisserait dépérir faute d'entretien; que les créanciers de la douairière peuvent intervenir dans les contestations pour la conservation de leurs droits et offrir la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir; enfin que les tribunaux peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance des biens sujets au douaire, que sous la charge de payer annuellement à la douairière une somme déterminée jusqu'à l'instant où son usufruit devra cesser (*a*).

II. Des causes d'extinction qui ne s'appliquent qu'à l'usufruit de la douairière.—Ces causes d'extinction, que j'appellerai extraordinaires, parce qu'elles n'affectent que l'usufruit de la douairière, sont l'adultère ou la désertion de la femme. Elles demandent des explications moins sommaires (*b*). Elles sont formulées en ces termes par l'article 1463, mais j'aurai à me demander s'il y en a d'autres que cet article ne mentionne pas: —

(*a*) Voy. l'explication de l'article 480 en mon tome 2, pp. 637 et suiv.

(*b*) Ce sont, à proprement parler, des causes de déchéance ou de privation du douaire, plutôt que des causes d'extinction de l'usufruit de la femme, mais cette remarque faite, je ne vois pas d'objection à en parler sous la rubrique de ce paragraphe.

1463. " La femme peut être privée de son douaire pour cause " d'adultère ou de désertion.

" Dans l'un comme dans l'autre cas, il faut que le mari ne " soit plaint de son vivant, sans qu'il y ait eu depuis réconcilia- " tion ; les héritiers ne peuvent que continuer, en ce cas, l'action " commencée et non abandonnée."

Deux causes d'extinction de l'usufruit de la femme, ou pour mieux dire de privation du douaire, sont indiquées par notre article: l'adultère de la femme et sa désertion. Je vais les étudier séparément, et j'aurai ensuite à me demander si la séparation de corps prononcée contre la femme, est, par elle-même, une cause de déchéance du douaire. J'aurai également à résoudre une bien grave question, celle de savoir si l'inconduite de la femme après le décès de son mari, est une cause d'extinction de son usufruit.

1° *L'adultère de la femme.* Il s'agit ici de l'adultère dont la femme s'est rendue coupable durant le mariage. Quelques coutumes, dans l'ancien droit, celles de Tours, art. 336, et celle d'Anjou, art. 314, prononçaient, dans ce cas, la déchéance du douaire contre la femme coupable, d'autres coutumes n'en parlaient pas, mais Pothier (*a*) attestait que cette déchéance était de droit commun. Il est donc clair que, sur ce point, notre article est conforme à l'ancien droit.

D'ailleurs l'adultère de la femme entraîne sa déchéance de ses droits matrimoniaux, de sa part de communauté, et même de ses droits et apports (*b*). C'est ce qui a été jugé quant à ses droits de communauté, dans la cause de *Washer* v. *Hawkins*, 11 L. N., p 266, Buchanan, J. (*c*), et, quant aux frais de son deuil, dans la cause de *Bradley* v. *Ménard*, R. J. Q., 18 C. S., p. 382, Tellier, J.

2° *De la désertion de la femme.* Notre code reproduit également l'ancien droit en prononçant la peine de la privation du douaire contre la femme coupable d'avoir abandonné son mari. Les coutumes de Normandie (art. 361 et 362) et de Bretagne (art. 461), en avaient une disposition qui, d'après Pothier (n° 257), devait être observée partout. Ces textes privaient la femme

---

(*a*) *Douaire*, n° 256.

(*b*) Voy. dans mon tome 2, pp. 44 et suiv.

(*c*) Le contraire a été décidé par le juge Meredith, dans la cause de *L'Heureux* v. *Boivin* (7 Q. L. R., p. 220), et par la cour d'appel, dans celle de *Drolet & Lapierre* (16 Q. L. R., p. 1). Ces décisions, cependant, doivent être écartées, car elles sont basées sur une fausse interprétation de l'article 208, comme je l'ai expliqué en mon tome 2, p. 47.

de son douaire, lorsqu'elle ne s'était pas trouvée avec son mari lors de son décès. Il s'agit dans notre article d'un véritable abandon de son mari par la femme, d'un refus d'habiter avec lui, au mépris de l'article 175, refus qui peut donner lieu à la séparation de corps contre la femme (*a*).

Le seul fait que la femme n'aurait pas assisté son mari sur son lit de mort, ne serait une cause de déchéance du douaire que si le mari s'en était plaint de son vivant, chose qui lui sera dans la plupart des cas impossible. Et la simple présence, au lit de mort de son mari, de la femme qui s'était rendue coupable de désertion, ne ferait pas revivre son droit au douaire s'il n'y a pas eu réconciliation entre elle et son mari.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que la femme ne perd pas son douaire pour avoir quitté le domicile conjugal, parce qu'elle en a été chassée par son mari, ou qu'elle a dû fuir ses outrages (*b*), ou parce qu'elle a obtenu une séparation de corps, ou enfin à la suite d'une séparation volontaire des époux (*c*). Il faut que son abandon ait été une violation de ses devoirs envers son mari.

Mais il n'y a que le mari qui puisse se plaindre de l'adultère de la femme ou de sa désertion, de manière à la priver de son douaire; sa réconciliation avec sa femme, même après l'institution de l'action et le jugement rendu contre elle, empêchera la déchéance du douaire. S'il a intenté l'action et ne s'en est pas désisté, ses héritiers peuvent la continuer, mais non pas la porter eux-mêmes.

(*a*) (Voy. mon tome 2, p. 9). Si la femme qui refuse d'habiter avec son mari a fait enregistrer son douaire coutumier sur les propriétés du mari, la cour pourra, sur action de ce dernier, condamner la femme a réintégrer le domicile conjugal dans un délai fixé, et à défaut par elle de se conformer au jugement, l'enregistrement du douaire sera déclaré illégal et nul, et radié: juge Choquette, *Gibson* v. *Patrick*, R. J. Q., 16 C. S., p. 504. Cependant on pourrait se demander comment les tiers pourront découvrir que la condition prévue, le défaut de la femme, s'est réellement accompli? Il semblerait plus simple d'ordonner interlocutoirement à la femme de réintégrer le domicile conjugal, et ensuite un jugement constaterait le refus de la femme et prononcerait simplement la radiation de son douaire.

(*b*) Le fait que le mari a vécu en concubinage dans sa propre maison est suffisant pour autoriser sa femme à vivre séparée de lui, et, dans un tel cas, l'abandon du mari à son lit de mort serait justifiable. Juge Badgley, *Gadbois* v. *Bonnier*, 5 L. C. J., p. 257.

(*c*) Pothier, *Douaire*, n° 257. Cette séparation volontaire n'est pas reconnue par la loi, mais là n'est pas la question. Il s'agit de savoir s'il y a injure contre le mari. Or, *volenti non fit injuria*.

Dans l'ancien droit certains auteurs enseignaient que si le mari avait ignoré l'adultère de sa femme, ses héritiers pouvaient intenter l'action en déchéance de douaire contre la femme coupable (*a*). On ne devait pas présumer du fait de l'inaction du mari, disaient-ils, que celui-ci avait pardonné l'injure puisqu'il l'avait ignorée. S'il l'avait connue, il aurait sans doute vengé son honneur en procédant contre sa femme qui l'avait si indignement trompé. Ces raisons sont excellentes, mais elles ne nous autorisent pas à ajouter à une loi essentiellement pénale. Or cette loi ne distingue pas; dans tous les cas d'adultère ou de désertion, les héritiers du mari ne peuvent que continuer l'action que le mari a lui-même intentée, ils ne peuvent jamais intenter cette action eux-mêmes. Je crois donc que, même dans ce cas, la femme ne pourra être privée de son douaire.

Mais quelle est l'action dont il est question ici? Est-ce l'action en déchéance du douaire, ou bien toute action par laquelle le mari aurait fait constater l'adultère ou la désertion de sa femme? En d'autres termes, si le mari a fait constater par la justice cet adultère ou cette désertion, ses héritiers peuvent-ils intenter eux-mêmes une action en déchéance de douaire, ou plaider l'adultère ou la désertion de la femme contre une action en délivrance de douaire ou une action en partage que la femme dirigerait contre eux?

Je réserve pour le moment l'espèce où la séparation de corps aurait été prononcée, à la poursuite du mari, pour cause d'adultère ou de désertion de sa femme, car j'aurai à me demander, dans un instant, si la sentence de séparation entraîne contre la femme déchéance de son douaire. Je suppose que l'adultère ou la désertion de la femme ont été l'objet d'autres poursuites ou exceptions du mari.

Le texte de notre article me paraît autoriser une solution affirmative. Tout ce qu'il exige, en effet, c'est que "le mari *se soit plaint* de son vivant." Quelles que soient la forme et les conclusions de l'action du mari, l'adultère ou la désertion de la femme a été constaté. Du reste, la loi refuse aux héritiers le droit d'instituer eux-mêmes des poursuites contre la femme à raison de son adultère ou de sa désertion, parce qu'elle présume que le mari—qui ne s'en est pas plaint—a pardonné à sa femme. Or cette présomption ne peut être invoquée lorsque le mari à lui-

---

(*a*) Comp. Coquille, *Questions et Réponses sur les articles des coutumes*, quest. 147, pp. 279, 280.

même poursuivi sa femme. La solution que j'adopte était d'ailleurs celle de l'ancien droit (*a*).

3° *La séparation de corps prononcée contre la femme prive-t-elle celle-ci du douaire?* Je ne distingue pas ici selon que cette séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère ou de désertion, ou pour d'autres causes. Le premier cas ne peut donner lieu à difficulté, car il suffit que l'adultère ou la désertion ait été judiciairement constaté, pour que les héritiers du mari puissent s'en autoriser pour refuser à la femme la jouissance de son douaire. L'intérêt de la question existe, au contraire, lorsque la séparation a été prononcée pour d'autres causes, car si la séparation n'entraîne pas par elle-même déchéance du douaire, on ne pourra prétendre que cette déchéance est encourue. Je vais donc faire abstraction des causes de la séparation pour n'examiner que l'effet de la sentence quant au douaire de la femme.

Du reste, l'article 211, dont il s'agit de préciser les effets, ne distingue pas. " Pour quelque cause que la séparation ait lieu," dit-il, " l'époux contre lequel elle est admise perd tous les avan- " tages que l'autre époux lui avait faits." Donc si nous pouvons regarder le douaire comme un *avantage* que le mari fait à sa femme, il n'est pas douteux que la séparation de corps en entraînera la déchéance.

Mais il y a l'article 1432, aux termes duquel le douaire coutu-

---

(*a*) Pocquet de Livonière, *Règles du droit français*, tit. 7, ch. 2, n° 31. dit que si le mari ne s'est plaint en justice pendant sa vie, de la conduite de sa femme, ses héritiers, après sa mort, ne sont pas recevables à proposer, même par forme d'exception, le fait d'adultère, pour la faire décheoir de son douaire. N'était-ce pas là décider que si telle plainte avait été faite, les héritiers pouvaient s'en autoriser pour opposer cette exception à la femme? Et Coquille, quest. 147, pp. 279, 280, se contentait que le mari eût blâmé l'adultère de sa femme.

Il est vrai que dans la cause de *Gadbois* v. *Bonnier*, 5 L. C. J., p. 257, le juge Badgley aurait décidé d'après l'arrêtiste, que si le mari ne se pourvoit pas contre sa femme adultère, pour la faire décheoir de ses droits matrimoniaux, l'héritier ne peut plaider cet adultère comme fin de non-recevoir. Mais dans l'espèce, le mari ne s'était pas plaint de l'adultère de sa femme, et le savant juge ne paraît pas avoir affirmé que l'action en déchéance des droits matrimoniaux ne pouvait être intentée que par le mari. Voy. aussi les autorités qu'il cite.

A l'encontre de cette décision, je puis citer celle du juge Tellier, dans la cause de *Bradley* v. *Ménard*, R. J. Q., 18 C. S., p. 382, où le savant juge a maintenu un plaidoyer de l'héritier du mari, à l'encontre de la femme qui réclamait les frais de son deuil, lequel plaidoyer invoquait, comme fin de non recevoir, le fait que la femme avait été convaincue d'adultère dans une action en séparation de corps intentée contre elle par son mari. Dans l'espèce, le mari ne paraît pas avoir demandé que sa femme fût privée de ses droits matrimoniaux.

mier n'est pas regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une simple convention de mariage, et la raison en est que celui qui épouse une femme, contracte l'obligation de pourvoir sur ses biens à la subsistance de cette femme, en cas qu'elle lui survive. Si les parties ne s'en expliquent pas, la loi impose cette obligation au mari, car elle a pour fondement une véritable dette. Et le douaire conventionnel, pas plus que le douaire coutumier, n'est pas une donation que le mari fasse à sa femme, ce n'est qu'un paiement que la femme accepte à la place du douaire coutumier que le mari lui doit (*a*). Donc le douaire, coutumier ou conventionnel, n'a point le caractère d'un avantage que le mari confère à sa femme, et partant, l'article 211, ne lui est pas applicable.

Je suis donc d'avis qu'à moins qu'elle ne soit prononcée pour cause d'adultère ou de désertion de la femme, la séparation de corps adjugée contre la femme n'affectera pas le droit de celle-ci au douaire.

4° *L'inconduite de la femme, après l'ouverture du douaire, est-elle une cause d'extinction de son usufruit?* Cette question n'était susceptible que d'une réponse sous l'ancien droit. Tous les auteurs, en effet, enseignaient que si la femme commettait une simple fornication dans l'an du deuil, elle encourait la déchéance du douaire, même lorsqu'elle avait réparé sa faute en épousant celui avec qui elle avait entretenu des relations criminelles. Cette cause de privation du douaire avait été, par la jurisprudence des arrêts, ajoutée aux deux autres que mentionne notre article 1463, et sur lesquelles quelques coutumes s'étaient prononcées. Et l'héritier du mari était reçu à faire la preuve de la débauche à laquelle la femme s'était livrée pendant son veuvage, même quand cette femme était sa mère, quoique, pour l'honneur du mari, on ne lui permettait pas de faire la preuve de l'inconduite de la femme pendant son mariage (*b*). Cette jurisprudence était imposante et concordante, comme on peut le constater en lisant la revue qu'en fait le répertoire de Guyot (*c*). Il est vrai que, dans quelques cas particuliers, les parlements en avaient mitigé la sévérité, mais ces arrêts exceptionnels ne faisaient qu'affirmer davantage la règle que je viens d'énoncer. Donc, il n'y

---

(*a*) Voy. Pothier, *Douaire*, n° 5.

(*b*) Pothier, *Douaire*, n° 258.

(*c*) V° *Douaire*, sec. 3, pp. 325 et suiv. Voy. aussi les remarques du juge Meredith, dans la cause de *J.* v. *R.*, 7 L. C. R., p. 391.

a guère de doute que la femme qui entretenait avec un homme des relations illicites, pendant l'année du deuil, perdait son douaire (*a*).

Après l'expiration de l'année du deuil il y avait un peu plus de difficulté, mais si les dérèglements de la femme étaient accompagnés de scandale, on ne manquait pas de la priver de son douaire (*b*).

Cette jurisprudence a été suivie en cette province, avant le code civil, par un arrêt rendu, en 1857, par les juges Bowen, Meredith et Morin, dans une cause rapportée sous les initiales des noms des parties, *J.* v. *R.*, 7 L. C. R., p. 391. Il s'agissait d'une veuve qui, dans l'an du deuil, avait entretenu des relations criminelles avec un homme qu'elle avait ensuite épousé, et la cour supérieure a jugé que la femme avait encouru la privation de son douaire.

Toute la question donc que j'ai à résoudre, c'est de savoir si cette jurisprudence a été abrogée par le code civil, car elle était en pleine vigueur à l'époque de la codification, comme le démontre l'arrêt que je viens de citer.

Les codificateurs n'ont pas prétendu innover ici (*c*). Au contraire, ils présentent l'article 1463 comme étant conforme à l'ancien droit, et il l'est indubitablement, seulement il ne va pas assez loin et ne reproduit pas intégralement l'ancien droit, en ce qu'il ne mentionne pas cette autre cause de privation du douaire, bien que les auteurs que les codificateurs ont cités sous cet article, tels que Prévost de la Jannés, Pothier, Lemaistre, Dumoulin et Coquille, aient tous enseigné cette doctrine.

Mais cela ne nous suffit pas pour accueillir la solution de l'ancien droit. En effet, bien qu'il y ait une sorte de présomption en faveur du maintien de l'ancienne jurisprudnce, il n'en est pas moins vrai que cette jurisprudence a pu être abrogée par le code, non seulement expressément, mais encore implicitement.

(*a*) Voy. sur cette question, outre Pothier et Guyot que je viens de citer, Prévost de la Jannés, t. 2, n° 401, p. 126 ; Lemaistre, *Plaidoyers*, p. 601 ; Renusson, *Douaire*, ch. 12, n°s 17 et suiv. ; Coquille, *Questions et réponses sur les articles des coutumes*, quest. 147, p, 279 ; Nouveau Denisart, vo. *Douaire*, par. 11, n° 3.

(*b*) Guyot, *eodem verbo*, p. 326 ; Renusson, *loc. cit.* n° 20.

(*c*) Ils se contentent de dire dans leur rapport: " Elle (la femme) " peut en être privée pour adultère ou désertion, si le mari s'en est plaint " de son vivant, et s'il n'y a pas eu réconciliation. " Le silence des codificateurs sur l'inconduite de la veuve, comme cause de déchéance du douaire, est d'autant plus remarquable que le juge Morin, l'un d'eux, avait siégé dans la cause de *J.* v. *R.* que je viens de citer.

Et l'article 2613 nous indique les cas où cette abrogation implicite a été faite: c'est lorsque la loi ancienne est contraire ou incompatible avec quelques dispositions que le code renferme, ou bien lorsque le code contient " une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois."

Or il s'agit de lois précisant les cas où la femme peut être privée de son douaire, et on ne saurait prétendre que le code ne contient pas une disposition expresse sur le sujet de ces lois. En effet, le code a pris le soin de dire dans quels cas le douaire de la femme s'éteint et dans quels cas la douairière peut être privée ou déclarée déchue de son douaire. Le douaire s'éteint par les causes énumérées en l'article 479 (art. 1462). La femme peut être déclarée déchue de son douaire pour l'abus qu'elle fait de sa jouissance (art. 1464). Enfin elle peut être privée de son douaire " pour cause d'adultère ou de désertion " (art. 1463). Et c'est tout; il n'y a pas là la moindre allusion à l'inconduite de la femme pendant son veuvage, même dans l'année du deuil.

Donc, nous sommes en face d'une disposition expresse qui précise les cas où la femme peut être privée ou déclarée déchue de son douaire. Et je crois que cette énumération est exclusive, d'autant plus qu'il s'agit d'une loi pénale sujette à l'interprétation restrictive, car les déchéances sont de droit étroit. Les anciens parlements avaient certains pouvoirs législatifs, et c'est pour cette raison qu'ils ont pu ajouter des causes de privation de douaire à celles que mentionnaient les coutumes. Nos tribunaux n'ont pas de pouvoirs semblables, ils ne peuvent qu'appliquer la loi, et ils doivent l'appliquer restrictivement en matière pénale. Or cette ancienne jurisprudence n'a pas été reproduite par le code, et la conclusion qui s'impose, c'est qu'elle a été abrogée.

J'ajouterai qu'en privant la femme impudique de la jouissance du douaire, les parlements se basaient sur le fait de son ingratitude et sur l'injure qu'elle avait faite à la mémoire de son mari (*a*). Or le douaire n'est pas révocable pour cause d'ingratitude ou pour injure grave dont la femme a pu se rendre coupable à l'égard de la mémoire de son mari. Le douaire n'est pas une stipulation à titre gratuit ou une donation, mais une convention de mariage et une stipulation à titre onéreux. Donc elle n'est pas, comme la donation ou le legs, révocable pour cause d'ingratitude. J'ajouterai que d'après l'opinion de presque tous les au-

---

(*a*) C'est ainsi qu'on privait la femme de son douaire pour n'avoir pas poursuivi la vengeance de l'assassinat de son mari. Comp. Guyot, *eodem verbo*, p. 328.

teurs en France — bien que les donations et les legs puissent être révoqués, comme dans notre droit (art. 811, 813 et surtout art. 893), pour cause d'ingratitude et pour injure grave faite à la mémoire du testateur—l'inconduite de la veuve n'est pas une cause de révocation d'une donation ou d'un legs (*a*). Tout étant de droit étroit ici, la participation même de la femme à la mort de son mari, s'il ne s'ensuit pas une condamnation entraînant mort civile, ne serait pas une cause de privation du douaire. On me dira que cette conclusion est immorale. Je réponds que cette considération regarde le législateur, et non pas l'interprète chargé d'appliquer une loi pénale.

Je conclus donc que l'inconduite de la femme, même pendant l'année du deuil, n'est pas une cause de privation du douaire (*b*).

§ VI. *Des effets de l'extinction de l'usufruit de la femme.*

Il n'y a aucune difficulté à déterminer ces effets. L'usufruit cessant, la jouissance fait retour à la nue propriété et le droit du nu propriétaire n'est plus démembré. Dans le cas du douaire, quelles que soient les causes d'extinction ou de déchéance, il n'y a que la femme qui souffre de cette déchéance, le douaire de ses enfants n'en est pas affecté, au contraire, il se trouve à s'ouvrir souvent avant l'époque prévue. S'il n'y a pas d'enfants douairiers, la déchéance ou l'extinction s'opère au bénéfice des héritiers du mari.

C'est ce que porte l'article 1465, qui se lit comme suit: —

1465. " Si la femme est déclarée déchue de son usufruit pour " quelques-unes des causes énoncées ci-dessus, ou si, après que " le douaire est ouvert, elle y renonce purement et simplement, " les enfants douairiers prennent la propriété à compter de la re- " nonciation ou de la déchéance si elle a lieu après l'ouverture."

Lorsque la femme renonce au douaire avant l'ouverture, cette renonciation est opposable aux enfants (art. 1446); au contraire, quand elle y renonce après l'ouverture, sa renonciation ne porte

---

(*a*) Fuzier-Herman, sur l'art. 1046 C. N., nos 34 et 35. Cette doctrine est critiquée. et il me semble avec raison dans le cas que prévoit notre article 893, par M. Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*. t. 2, n° 2820.

(*b*) Je ne puis m'empêcher de dire que cette abrogation d'une loi très morale me paraît fort regrettable.

Il y avait d'autres causes de privation du douaire que l'ancienne jurisprudence reconnaissait, comme la supposition de part (Pothier, n° 259). Il résulte de ce que je viens de dire que nous devons les regarder comme ayant été abrogées.

que sur l'usufruit et partant s'opère au bénéfice des enfants douairiers. C'est l'hypothèse que notre article envisage ici.

Bien entendu, si le douaire a été constitué en faveur de la femme en toute propriété, sa déchéance—et il ne pourra alors être question que de celle de l'article 1463—fera tomber dans la succession du mari les biens qui étaient affectés au douaire.

Enfin, observons que la déchéance ou la privation du douaire ne s'opère pas rétroactivement, pas plus que la révocation d'une donation pour ingratitude. L'article 1465 dit que les enfants douairiers prennent la propriété à compter de la déchéance. Dans le cas de l'article 1463, on pourrait peut-être dire que cette déchéance est encourue dès avant la mort du mari et que la femme n'a jamais eu droit au douaire (*a*). Lorsque la déchéance a été prononcée à raison de l'abus de jouissance, il est clair qu'elle ne pourrait remonter au delà de la date de l'action.

Section III. Dispositions particulières au douaire des enfants.

§ I. *Quels enfants ont droit au douaire.*

J'ai dit ailleurs que le droit des enfants douairiers est un véritable droit de succession. Il s'ensuit qu'il n'y a que les enfants issus du mariage qui aient droit au douaire. Et c'est pour cela que la coutume de Paris disait que le douaire est le propre héritage des enfants issus du mariage. C'est du reste ce que porte notre article 1466, en ces termes:—

1466. " Les enfants auxquels le douaire est dû sont ceux issus " du mariage pour lequel il a été constitué.

" Sont réputés tels ceux qui, quoique nés des époux avant le " mariage, ont été légitimés par son effet; ceux qui, conçus lors " du décès du père, sont nés depuis, et aussi les petits-enfants " dont le père, venant du mariage, est décédé avant l'ouverture " du douaire."

" Les enfants habiles à succéder à leur père lors de son décès, " sont les seuls qui ont le droit de prétendre au douaire."

Le système de la loi est très simple. Les enfants issus du mariage ont seuls droit au douaire. Et sont compris parmi les enfants issus du mariage, non seulement ceux qui sont le fruit de l'union des époux, mais encore ceux qui, nés des époux avant le mariage, ont été légitimés par l'effet de ce mariage, car ils ont

---

(*a*) Lamoignon, *Arrêtés*, tit. 34, n° 47, disait que la femme était déchue de plein droit de son douaire.

les mêmes droits que s'ils en étaient nés (art. 239). Y est également compris, l'enfant né dans les 300 jours de la mort du mari, car il est tenu pour conçu pendant le mariage (art. 218). Il faut du reste que ces enfants aient été habiles à succéder à leur père, lors de son décès, et pour cela qu'ils aient été conçus à ce moment, qu'ils soient nés viables, et ne soient pas morts civilement (art. 608).

On décidait dans l'ancien droit que l'enfant qui avait été exhérédé par le père, ne pouvait réclamer le douaire, car l'exhérédation le prive de tout droit aux biens du père, du droit de venir au douaire comme de celui de venir à sa succession (*a*).

Cette décision me paraît devoir être suivie, car l'enfant n'est pas en ce cas habile à succéder à son père. Mais l'exhérédation ne résulterait pas du fait que le père aurait légué tous ses biens à l'un de ses enfants, à l'exclusion des autres. Voy., du reste, quant à la forme de l'exhérédation, mon tome 4, p. 319, 320 (*b*).

Puisqu'il s'agit des principes qui régissent la succession, il s'ensuit qu'il y a lieu à la représentation des enfants décédés lors de la mort de leur père, par leurs enfants qui étaient, à cette époque, habiles à succéder à leur aïeul.

Dans deux cas l'enfant habile à succéder à son père n'a pas droit au douaire: celui de sa renonciation et celui où il a accepté la succession de son père.

Sa renonciation au douaire fait qu'il est considéré comme n'ayant jamais été douairier (principe de l'art. 652). Et dans ce cas il n'y a pas lieu à représentation, car on ne représente jamais celui qui a renoncé à la succession (art. 654). Mais ici nous rencontrons deux différences entre la succession et le douaire.

La première, c'est que s'il n'y a qu'un seul enfant, ses enfants ne peuvent réclamer le douaire de leur chef, comme en matière de succession (art. 654); au contraire sa renonciation libère du douaire la succession du mari (*c*).

La seconde différence, c'est que, lorsqu'il s'agit d'une succession, la part de l'héritier qui renonce accroît à ses cohéritiers (art. 653). En matière de douaire, au contraire, cette part reste dans la succession du mari. C'est ce que le deuxième alinéa de l'article 1471 décrète en ces termes: —

(*a*) Pothier, *Douaire*, n° 350.

(*b*) L'exhédération absolue n'est pas dans nos mœurs, ce qui n'empêche pas qu'elle ne soit possible.

(*c*) Pothier, n° 348.

“ Les parts de ceux qui renoncent restent dans la succession “ et n’augmentent pas celles des autres enfants qui s’en tiennent “ au douaire ” (*a*).

On admettait ce principe dans l’ancien droit lorsque l’enfant avait déclaré renoncer au douaire comme à la succession de son père, pour s’en tenir aux donations que celui-ci lui avait faites, ou lorsque l’enfant déclarait expressément qu’il renonçait au douaire en faveur de la succession du père. Il y avait, au contraire, controverse quant à l’effet de la renonciation que l’enfant faisait gratuitement, sans avoir rien reçu de son père. Pothier et Duplessis admettaient l’accroissement dans ce cas, contrairement à l’avis de Lemaistre (*b*). Comme notre article 1471 ne distingue pas, il faut tenir que, dans tous les cas, la part de l’enfant qui renonce, restera dans la succession du père.

L’acceptation de la succession du père par l’un des enfants est aussi une cause d’exclusion du douaire. En effet, aux termes de l’article 1467, “ l’enfant qui se porte héritier de son père, “ même par bénéfice d’inventaire, ne peut prendre part au dou- “ aire.” Cette règle est l’une des règles fondamentales du douaire (*c*). On l’expliquait dans l’ancien droit, par deux raisons. D’abord des enfants venant à la succession de leur père ne peuvent avoir aucun avantage les uns sur les autres, dans les biens de leur père. Donc l’enfant qui accepterait la succession du père serait tenu de rapporter le douaire à ses cohéritiers. Et, lorsqu’il n’y a qu’un seul enfant, cette raison ne s’applique pas, mais un autre motif l’empêche de prendre en même temps l’héritage de son père et le douaire. C’est que le douaire est une dette de la succession du père envers ses enfants, et l’enfant étant débiteur de toutes les dettes de la succession de son père, il ne peut être créancier de cette dette du douaire laquelle, étant donnée sa qualité d’héritier, est sa propre dette (*d*).

(*a*) Le juge T. J. J. Loranger a fait une application de ce principe dans la cause de *Lepage* v. *Chartier*, 11 L. C. J., p. 29.

(*b*) Voy. Pothier, nos 394 et suiv.

(*c*) L’enfant ne peut donc réclamer le douaire qu’en renonçant à la succession de son père: cour d’appel, *Betournay* & *Moquin*, 2 D. C. A., p. 187. L’enfant qui aura accepté tacitement la succession de son père en faisant acte d’héritier, ne pourra plus renoncer valablement à la succession, et ne pourra réclamer sa part du douaire: juge Berthelot, *Filion* v. *DeBeaujeu*, 5 L. C. J., p. 128; cour de revision, *Perrier* v. *Palin*, R. J. Q., 14 C. S., p. 332.

(*d*) Pothier n° 350. Observons toutefois que lorsqu’il n’y a qu’un seul enfant qui se porte héritier de son père, le douaire de la mère se trouvant éteint par sa mort, les biens qui y étaient sujets retournent à la succession du mari, de sorte que le résultat est le même que si l’enfant avait pu être héritier et douairier, sauf quant aux dettes de la succession.

Il importe peu que l'enfant accepte la succession de son père purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. Mais signalons un tempérament que l'on admettait dans l'ancien droit. Il était vrai que, vis-à-vis des autres enfants, l'acceptation de la succession du père sous bénéfice d'inventaire était une cause d'exclusion du douaire, mais il n'en était pas ainsi vis-à-vis des créanciers de la succession. En effet, il n'y avait pas, dans ce cas, confusion des qualités de créancier et de débiteur (art. 671), et, quant à l'objection résultant de l'obligation de rapporter le douaire, ce rapport n'est pas dû aux créanciers ni aux légataires, mais seulement de cohéritier à cohéritier (*a*).

§ II. *Du partage du douaire entre les enfants douairiers. — Des rapports auxquels ce partage donne lieu.*

I. Du partage du douaire.—Aux termes du premier aliéna de l'article 1471, " après l'ouverture du douaire et l'extinction de " l'usufruit de la femme, les biens composant le douaire se par- " tagent entre les enfants et les petits-enfants y ayant droit, de " même que si ces biens leur étaient échus par succession."

Nous supposons que par un partage entre la femme et les héritiers du mari, les biens qui composent le douaire ont déjà été séparés des autres biens de la succession du mari. La femme en jouit en usufruit, et à l'extinction de son usufruit, il s'agit de les partager entre les enfants douairiers. Ce partage est un partage de propriété qui est régi par les règles qui régissent le partage ordinaire. Cependant, si tous les enfants douairiers sont mineurs, le partage définitif des immeubles ne pourra être provoqué jusqu'à leur majorité, mais on pourra faire un partage provisionnel (art. 691). Cette énonciation sommaire suffira ici, les règles du partage ayant été longuement commentées ailleurs.

Remarquons, toutefois, que le partage n'est nécessaire que lorsque le douaire consiste en biens meubles corporels ou en immeubles, et il sera bien rarement constitué en meubles corporels. Lorsqu'il est d'une somme capitale de deniers, cette somme se divise de plein droit entre les enfants douairiers, car, quant à elle, ils n'ont jamais été dans l'indivision (*b*).

Je note pour mémoire seulement, car je l'ai cité et appliqué plus haut (*c*), l'article 1470, aux termes duquel " le douaire

---

(*a*) Voy. Pothier, n° 351. Voy. aussi notre article 723.

(*b*) Voy. mon tome 3, pp. 619 et suiv.

(*c*) *Supra*, p. 409.

" préfix qui consiste dans une somme de deniers à une fois payer, " est à toutes fins réputé mobilier."

II. Des rapports.—Puisque les principes des successions régissent la dévolution du douaire, que ce douaire n'est que la succession à certains biens du père, puisque, enfin, on ne peut être à la fois douairier et héritier de son père, il s'ensuit que l'enfant qui prend le douaire, doit rapporter à la succession de son père tous les avantages que celui-ci lui a conférés. C'est ce que décrète en ces termes l'article 1468, copié presque textuellement sur l'article 252 de la coutume de Paris:—

1468. " Pour pouvoir se porter douairier, l'enfant est tenu de " rapporter à la succession de son père tous les avantages qu'il " en a reçus, en mariage ou autrement, ou moins prendre dans le " douaire."

On comparait, dans l'ancien droit, le douaire à la légitime, et de même que tout ce qu'un père donnait à ses enfants s'imputait sur leur légitime, de même tous les avantages qu'ils en recevaient allaient en déduction de leur douaire. En d'autres termes, suivant le langage des vieux auteurs, on ne pouvait avoir don et douaire. On enseignait même que la clause par laquelle il était stipulé que l'enfant ne serait pas tenu d'imputer ces avantages sur son douaire, était nulle à l'égard des autres enfants héritiers et des créanciers antérieurs à la donation, mais pouvait être opposée aux créanciers postérieurs (*a*).

Devons nous suivre cette dernière décision? Elle était logique dans l'ancienne jurisprudence, car on ne pouvait être, dans la ligne descendante, à la fois donataire ou légataire et héritier, et on déduisait de ce principe la conséquence qu'on ne pouvait être en même temps donataire et douairier (*b*). Au contraire, depuis le code civil, si les dons et legs ont été faits expressément par préciput et hors part, l'héritier n'est pas tenu de les rapporter (*c*).

Mais en est-il de même en matière de douaire? La raison de douter, c'est que notre article 1468 ne fait là-dessus aucune distinction et ne reproduit pas la réserve de l'article 712. Sa disposition s'applique sans doute au douaire préfix comme au douaire coutumier, mais il s'agit de savoir si les parties ne peuvent

(*a*) Pothier, *Douaire*, n° 353.

(*b*) Comp. Ferrière, sur l'art. 252 de la coutume de Paris, n° 1.

(*c*) Voy. l'article 712 qui est de droit nouveau, et l'explication que j'en ai donnée dans mon tome 3, pp. 520, 521.

pas y déroger, comme on peut déroger à toutes les lois qui n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 13), et cette loi est de cette catégorie (*a*).

Je crois que nous pouvons résoudre la difficulté par une distinction. Si, par le contrat de mariage des père et mère, il a été stipulé que les enfants douairiers ne seraient pas tenus de rapporter les avantages que leur père pourrait leur conférer, il me semble que cette stipulation serait légale en matière de douaire, comme elle l'est indubitablement en matière de succession. Car, je l'ai dit, la convention des parties est absolument libre lorsqu'il s'agit de créer le douaire préfix. Ce douaire peut avoir plus d'extension que le douaire coutumier, sans cesser pour cela d'être une simple convention de mariage. Et puisque le mari peut comprendre dans le douaire une portion quelconque de ses biens, on ne voit pas pour quelle raison il ne pourrait déclarer que les enfants ne seraient pas obligés de sacrifier les biens qu'il pourrait leur donner afin de profiter du douaire qu'il leur confère.

Mais j'admettrais la nullité de la dispense de rapport contenue dans une donation subséquente au contrat de mariage qui a créé le douaire. Car cette dispense aurait indirectement l'effet d'augmenter ce douaire, et, partant, serait une modification du contrat de mariage. Or la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales est d'ordre public et la défense de la loi d'y apporter aucune modification est absolue (art. 1265). Donc on ne peut déroger à cette loi et la dispense du rapport serait sans effet.

Le code se contente de poser le principe que l'enfant douairier est tenu de rapporter à la succession de son père tous les avantages qu'il en a reçus, mais ne définit pas ce qu'il faut entendre par avantage. Je crois cependant que nous pouvons, à cet égard, nous référer aux dispositions qui régissent les rapports en matière de succession. Ainsi, ne constitueraient pas un avantage sujet à rapport, les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage, de même que les profits que l'enfant a pu retirer de conventions faites avec son père qui ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites (art. 720,

---

(*a*) Il en était différemment dans l'ancien droit, car le principe qu'on ne pouvait être à la fois donataire ou légataire et héritier pouvait être considéré comme étant d'ordre public, car c'était un principe fondamental de la loi des successions.

721; mais les frais d'établissement de l'enfant ou ce qui lui a été avancé pour le paiement de ses dettes devraient être rapportés (art. 719).

Je puis du reste renvoyer pour tous les incidents du rapport aux articles 712 et suiv. (*a*).

§ III. *De la contribution aux dettes.*

Aux termes de l'article 1469, " les enfants douairiers ne sont " pas tenus de payer les dettes contractées par leur père depuis " le mariage; quant à celles contractées avant, ils n'en peuvent " être tenus qu'hypothécairement, avec recours sur les autres " biens du mari."

Il n'y a aucune difficulté quant aux dettes contractées par le père depuis le mariage. En effet, l'article 250 de la coutume de Paris en libérait les enfants douairiers. Ce n'est là que saine raison, car puisque le père ne peut aliéner ou hypothéquer les biens sujets au douaire. de manière à affecter ce douaire, il s'ensuit qu'il ne peut rendre ces biens, pour la partie comprise dans le douaire, responsables du paiement de ses dettes.

Cependant quand des tiers avaient fourni au père des deniers pour faire, sur les biens sujets au douaire, des impenses utiles, et que l'emploi de ces deniers avait été constaté, on enseignait que les enfants douairiers devaient tenir compte aux créanciers de la somme qui avait servi à augmenter le douaire (*b*).

J'ai déjà, en commentant l'article 1461, posé le principe que la femme est tenue de la plus-value apportée au fonds affecté au douaire. en intérêt, si elle n'en a que l'usufruit, et en capital, si elle en a la propriété, et que les enfants qui prennent les biens, sans que la mère en ait eu l'usufruit, sont dans la même position qu'elle, quant aux améliorations. Donc dans les cas ou la mère a l'usufruit du douaire, le capital de la plus-value est à la charge des enfants douairiers.

(*a*) Le rapport est-il dû du jour du décès du père ou de la mère? Ferrière (sur l'art. 252 de la coutume de Paris, n° 10) décidait, contre l'opinion de Duplessis, que le rapport était dû à compter du jour du décès du père. Je crois cette décision bien fondée, car puisqu'il s'agit de faire un rapport à la succession du père, c'est du jour de l'ouverture de cette succession que le rapport est dû. Du reste les enfants sont investis du douaire à compter du décès de leur père, et dès ce moment ils ne peuvent conserver les avantages et profiter du douaire.

(*b*) Laurière, sur l'art. 250 de la coutume de Paris.

Et quant aux dettes créées par le père avant le mariage, j'ai déjà eu l'occasion de commenter la dernière partie de l'article 1469, qui est empruntée dArgou (*a*). Notre article est formel et sa disposition doit avoir son entier effet.

(*a*) Voy. *supra*, p. 447.

NOTE SUPPLÉMENTAIRE

De la stipulation pour autrui. — Peut-elle être acceptée après la mort du stipulant ou du tiers indiqué?

Dans mon tome 5, p. 278, j'ai reproduit l'opinion de Mourlon que la stipulation en faveur d'un tiers est caduque lorsque le stipulant meurt avant qu'elle soit acceptée, et lorsque le tiers indiqué décède avant d'avoir signifié sa volonté d'en profiter.

J'ai indiqué, dans une note, que la plupart des auteurs modernes condamnent cette solution et que, dans notre propre jurisprudence, elle avait été rejetée par une décision du juge Routhier, dans une cause de *Robitaille* v. *Trudel*, R. J. Q., 16 C. S., p. 39.

Je crois que cette question mérite plus qu'une mention sommaire, et pour cette raison je vais la discuter de nouveau, afin précisément de voir si l'opinion de Mourlon doit être accueillie dans notre droit.

Il s'agit de l'interprétation de l'article 1029 qui se lit comme suit :

1029. " On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, " lorsque telle est la condition d'un contrat que l'on fait pour " soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui " qui fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a " signifié sa volonté d'en profiter. "

Cette disposition renferme une des exceptions que laisse pressentir l'article 1023, lorsqu'il pose la règle que les contrats n'ont point d'effet quant aux tiers, " excepté dans les cas aux- " quels il est pourvu dans la cinquième section de ce chapitre. " La règle, c'est l'ancienne maxime du droit romain : *alteri nemo stipulare potest*. L'exception de l'article 1029, c'est un tempérament que le dernier état du droit romain accueillait, en conférant au tiers indiqué une action, dite *utile*, pour contraindre le promettant à donner effet à la stipulation.

Pour répondre à l'unique question que je me propose d'étudier en cette note, qui est de savoir si la stipulation peut être acceptée après la mort du stipulant ou du tiers, il faut déterminer la nature du droit que la stipulation confère au bénéficiaire.

D'après l'opinion généralement enseignée, le stipulant fait une offre au bénéficiaire, mais l'acceptation de cette offre rétroagit au jour du contrat (*a*).

Les deux idées que renferment cette proposition me paraissent contradictoires. Si la stipulation pour autrui est une offre au tiers, il n'y a que celui-ci qui puisse l'accepter, et son acceptation ne pourra créer des droits que si elle intervient pendant que le stipulant vit encore (*b*).

Il y a du reste une différence essentielle entre la pollicitation et la stipulation pour autrui aux termes de l'article 1029. Quand il y a pollicitation, l'acceptation de l'offre a l'effet de lier celui qui l'a faite et de le rendre débiteur de l'acceptant (*c*). Au contraire, dans la stipulation pour autrui, le stipulant n'est jamais le débiteur du bénéficiaire, et celui-ci n'acquiert une action que contre le promettant.

Si nous consultons le texte même de l'article 1029, nous n'y trouvons aucune allusion à une offre que le stipulant ferait au bénéficiaire et que celui-ci devrait accepter. Au contraire, le législateur prononce la validité de la stipulation pour autrui "lorsque telle est la condition d'un contrat que l'on fait pour "soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre." Ce que notre article ajoute n'a trait qu'au droit de révocation du stipulant, et celui-ci ne peut plus user de ce droit "si le tiers a signifié sa volonté d'en profiter." Dans la réserve du droit de révocation, il n'est question que des rapports entre le stipulant et le bénéficiaire, et non pas de l'action que possède celui-ci contre le promettant et qu'il peut exercer tant que le stipulant n'a pas usé de son droit conditionnel de révocation.

Pothier (*d*), du reste, dont le texte est le meilleur commentaire de notre article, définit avec sa clarté habituelle le droit du bénéficiaire et donne la raison pour laquelle, par exception au principe que nul ne peut stipuler pour autrui, le bénéficiaire, qui n'est pas partie au contrat, acquiert une action contre le promettant, sauf le droit du stipulant de révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire n'a pas signifié sa volonté d'en profiter.

"Cet engagement que contracte le donataire envers ce tiers," dit-il, "d'accomplir la charge sous laquelle la donation a été "faite, et d'où naît cette action, est un engagement qui n'est

---

(*a*) Voy. les auteurs cités par M. Baudry-Lacantinerie, *Obligations*, t. 1er, note (1), p. 188.

(*b*) Comp. M. Baudry-Lacantinerie, *Obligations*, t. 1er, no 156 et suiv.

(*c*) Pothier, *Obligations*, n° 4.

(*d*) *Obligations*, n° 72.

" pas à la vérité proprement formé par le contrat de donation, " ce contrat ne pouvant pas par lui même, *et propriâ virtute,* " produire un engagement envers un tiers et donner un droit à " un tiers qui n'y était pas partie. C'est l'équité naturelle qui " forme cet engagement parce que le donataire ne peut, sans " blesser l'équité, et sans se rendre coupable de perfidie, retenir " la chose qui lui a été donnée, s'il n'accomplit pas la charge " sous laquelle la donation lui a été faite et à laquelle il s'est " soumis en acceptant la donation. C'est pourquoi l'action qui " est accordée à ce tiers est appelée en la loi 3, ci-dessus citée, " *actio utilis,* qui est le nom que les jurisconsultes romains don- " naient aux actions qui n'avaient pour fondement que l'équité: " *quæ contra subtilitatem juris, utilitate ita exigente, ex solâ* " *æquitate concedebantur.*"

Il y a deux remarques d'une importance capitale à faire sur ce passage. D'abord l'action du tiers est une action admise par exception aux règles générales du droit, *contra subtilitatem juris.* S'il nous devions voir dans la stipulation en faveur du tiers une offre de libéralité, une donation qui ne deviendrait effective que par l'acceptation de ce tiers, cette acceptation, qui produirait l'accord des volontés du stipulant et du tiers, ferait naître un véritable contrat, lequel donnerait naissance à une action civile, à une action fondée sur une convention régulière, et non pas à une action utile fondée sur l'équité, *ex solâ æquitate.*

La seconde remarque, c'est que ce qui n'était qu'une action utile dans le droit romain, et peut-être dans l'ancien droit, est aujourd'hui une action civile fondée sur un texte exprès.

Et la faculté de révocation que l'article 1029 réserve au stipulant, tant que le bénéficiaire n'a pas signifié sa volonté de profiter de la stipulation, n'est que la déclaration du législateur sur une question controversée dans l'ancienne jurisprudence. Pothier (n° 73) rapporte la controverse et ses remarques rendent absolument certaine l'opinion que je professe.

En effet, deux systèmes étaient en présence dans l'ancien droit.

D'après le premier système, on soutenait, dit Pothier, que " le " tiers n'étant pas intervenu dans la donation, l'engagement que " le donataire contracte de donner à ce tiers, en acceptant la do- " nation sous cette charge, est contracté par le concours des vo- " lontés du donateur et du donataire seulement, et par consé- " quent peut se résoudre par un consentement contraire des " mêmes parties, suivant ce principe de droit: *nihil tam natura-* " *le est quæque eodem modo dissolvi quo colligata sunt.* Le " droit *qui est acquis à ce tiers* est donc, selon ces auteurs, un

" droit qui n'est pas irrévocable; parce qu'étant formé par le " seul consentement du donateur et du donataire, sans l'inter- " vention du tiers, ce droit est sujet à être détruit par la des- " truction de ce consentement, destruction qu'opérera un consen- " tement contraire des mêmes parties. *Ce droit ne devient ir-* " *révocable que lorsque la mort du donateur, empêchant qu'il ne* " *puisse désormais intervenir un consentement contraire, le con-* " *sentement qui a formé ce droit cesse de pouvoir être dé-* " *truit* " (*a*).

Les auteurs qui adoptaient le second système disaient que " la clause de l'acte de donation, qui contient la charge impo- " sée au donataire de donner quelque chose à un tiers, renferme " une seconde donation, ou une donation fidéicommissaire que " le donateur fait à ce tiers. Cette seconde donation, sans l'in- " tervention de ce tiers à qui elle est faite, reçoit son entière " perfection par l'acceptation que le premier donataire fait de " la donation sous cette charge; puisque par cette acceptation il " contracte envers ce tiers, sans que ce tiers intervienne à l'acte, " un engagement d'accomplir cette charge dans son temps. De " cet engagement naît un droit qu'acquiert ce tiers, d'exiger en " son temps l'accomplissement de cette charge. Ce droit est un " droit irrévocable, et il ne doit pas être au pouvoir du donateur " d'en décharger le premier donataire au préjudice *du droit ac-* " *quis* à ce tiers. "...

Il n'est pas nécessaire de poursuivre la citation plus loin; il suffira de dire qu'on invoquait, en faveur de la seconde opinion, les articles 11 et 12, partie 1re, de l'ordonnance des substitutions qui n'a jamais eu force de loi en cette province. La controverse est d'ailleurs réglée par les termes de notre article.

Mais ce qu'il importe de constater, c'est que les partisans de l'un et l'autre de ces deux systèmes reconnaissaient au tiers un droit acquis, qui ne dépendait pas de son acceptation, et qui même, d'après ceux qui professaient la première opinion, devenait irrévocable au moment même où il devient caduc suivant le sentiment de quelques auteurs modernes, c'est-à-dire au décès du stipulant.

Concluons donc que d'après la doctrine de l'ancien droit—et notre article 1029 n'y innove en rien—le bénéficiaire acquiert un droit et une créance contre le promettant, dès la passation

(*a*) Remarquons, en, passant, que plusieurs auteurs enseignent maintenant que les héritiers du stipulant peuvent révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire (ou ses héritiers) ne l'a pas acceptée (voy. Fuzier-Herman sur l'art 1121, n° 11, Junge M. Baudry-Lacantinerie, *Obligations*, t. 1er, n° 171).

du contrat et indépendamment de son acceptation, laquelle n'a que l'effet de rendre impossible la révocation du bénéfice que la stipulation lui accorde. Ce droit est révocable par le stipulant, jusqu'à la déclaration de la volonté du bénéficiaire d'en profiter, mais son existence même remonte au jour du contrat.

Il est facile de répondre aux objections que l'on fait à l'encontre de ce système.

J'ai déjà fait voir qu'il ne s'agit pas ici des principes qui régissent la pollicitation, qu'il ne faut même pas appliquer les principes qui régissent les contrats, mais que le droit du bénéficiaire dérive d'une simple déclaration unilatérale de la volonté du stipulant acceptée par le promettant (*a*).

Mais on dit que le bénéficiaire devient alors créancier sans l'avoir voulu et à son insu. Quand cela serait, cette observation ne serait nullement décisive, car nous sommes ici en présence d'une exception aux règles générales des contrats. D'ailleurs, le légataire devient également créancier ou propriétaire à son insu. Mais l'un et l'autre peuvent répudier le bénéfice qu'on veut leur accorder et le bénéficiaire peut, par son inaction, laisser périr la créance qu'il a acquise, peut-être sans le savoir et sans l'avoir voulu.

Le même système est acceuilli par le code civil et par nos lois statutaires, en matière de rentes viagères (art. 1904 C. C.), et en matière d'assurance sur la vie (art. 2586 C. C., et art. 5581 et 5590 S. R. P. Q.).

J'adhère donc pleinement à la déclaration de principe que je trouve dans un arrêt de la cour de cassation rapporté par Sirey, 1888. 1. 121:

"Attendu que la stipulation pour autrui, lorsqu'elle est pure "et simple, confère *immédiatement* un droit au tiers au profit "duquel elle a lieu; qu'à la vérité, ce droit peut être révoqué "par le stipulant, mais qu'il devient irrévocable du jour où le "tiers a déclaré vouloir en profiter; que l'art. 1121 C. civ. "(notre article 1029) n'impose *aucune autre condition de vali-* "*dité;* qu'il n'y a donc lieu d'appliquer en pareille matière l'art. "932 C. civ. (l'art. 791 de notre code), aux termes duquel les "donations doivent être acceptées du vivant du donateur, *ni les* "*principes généraux qui régissent la formation des contrats par* "*l'acceptation d'une offre;* et qu'en conséquence la déclaration "dont parle l'art. 1121 peut être faite postérieurement au dé-

(*a*) Voy. l'analyse du droit du bénéficiaire que fait M. Baudry-Lacantinerie, *Obligations*, t. 1er, n° 161.

" cès du stipulant, tant que la stipulation n'a pas été révoquée " (p. 129 du rapport) (*a*).

Et puisque le tiers acquiert immédiatement un droit, il s'ensuit qu'il transmet ce droit à ses héritiers, lesquels peuvent signifier leur volonté d'en profiter tant du moins que leur droit n'est pas éteint par la prescription.

(*a*) Comp., dans le même sens, MM. Baudry-Lacantinerie, *Obligations*, t. 1er, n° 154 et suiv.; Huc, t. 7, n° 46 et suiv.

FIN DU TOME SIXIÈME

TABLE DES ARTICLES

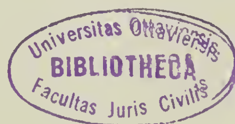
DU

CODE CIVIL

AVEC

Indication des pages de ce volume, où chaque article est expliqué.

TABLE
ANALYTIQUE ET ALPHABÉTIQUE




a39003 009123992b